DAS RICHTERRECHT IM ARBEITSRECHT

— dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Wettbewerbsverbot —

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Ingo Brasat
aus Klausdorf (Schwentine)

Göttingen 1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534921_0065

DAS RICHTERRECHT IM ARBEITSRECHT

— dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Wettbewerbsverbot —

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Ingo Brasat
aus Klausdorf (Schwentine)

Göttingen 1975

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter: Professor Dr. Gamillscheg
Mitberichterstatter: Professor Dr. Diederichsen
Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juni 1975

INHALT

	Seite
§ 1 Allgemeine Erörterungen über das Richterrecht	1
I. Definition des Richterrechts	1
1. Rechtsfortbildung intra legem	1
2. Rechtsfortbildung contra legem	2
3. Rechtsfortbildung praeter und extra legem	2
4. Richterrecht im Sinne dieser Arbeit	4
II. Ursachen für die Entstehung des Richterrechts und dessen rechtliche Begründung	5
1. Ursachen	5
2. Die rechtliche Begründung	6
III. Die Rechtsfortbildung praeter und extra legem	9
1. Die Rechtsfortbildung praeter legem	9
a) Voraussetzungen	9
b) Methoden für das Schließen der Lücken	10
aa) Analogie	10
bb) argumentum a maiore ad minus	10
cc) Teleologische Reduktion	11
2. Die Rechtsfortbildung extra legem	11
a) Voraussetzungen	11
b) Methoden für die Rechtsfortbildung extra legem	12
aa) Unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs	12
bb) Natur der Sache	12
cc) Immanente Prinzipien der Rechtsordnung	13
IV. Die Rechtsfortbildung contra legem	14
1. Voraussetzungen	14
2. Verfassungsrechtliche Aspekte der Rechtsfortbildung contra legem	16

Seite

a) Sinn und Zweck der Gewaltenteilung 16

b) Verstoß gegen den Kernbereich 17

3. Methoden der Rechtsfortbildung contra legem 19

V. Die Form der richterlichen Rechtsfortbildung 19

§ 2 Das Richterrecht als Rechtsquelle 23

I. Verneinung einer eigenständigen Rechtsquelle 23

1. Die faktische Geltung des Richterrechts 23

2. Die normative Geltung des Richterrechts 24

II. Die Erstarkung des Richterrechts zum Gewohnheitsrecht 26

III. Das Richterrecht als selbständige Rechtsquelle 27

1. Die faktische Geltung als Grund für den Rechtsquellencharakter des Richterrechts 27

2. Die normative Geltung als Grund für den Rechtsquellencharakter des Richterrechts 28

IV. Stellungnahme 29

1. Das Richterrecht als Gewohnheitsrecht 29

2. Das Richterrecht als Teil des Gesetzesrechts 30

3. Das Richterrecht als selbständige Rechtsquelle 31

Seite

§ 3 Das Richterrecht im Arbeitsrecht 35

I. Die besondere Bedeutung des Richterrechts für das Arbeitsrecht 35

1. Gründe für die besondere Bedeutung im Arbeitsrecht 35

2. Das Richterrecht als Rechtsquelle im Arbeitsrecht 40

II. Das tarifdispositive Richterrecht 41

1. Die idealtypischen Lösungsmöglichkeiten des Konkurrenzverhältnisses von Richterrecht und Tarifvertrag 42

a) Das Ausschließlichkeitsprinzip 42

b) Das Günstigkeitsprinzip 42

c) Das Subsidiaritätsprinzip oder das Prinzip des tariflichen Vorrangs 42

2. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 42

a) Die Rechtsprechung zu den Gratifikationsrückzahlungsklauseln 42

b) Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge 43

3. Die Ansichten in der Literatur zum Problem des tarifdispositiven Richterrechts 45

a) Die verfassungsrechtliche Begründung der Tarifdispositivität 45

b) Die Begründung der Tarifdispositivität aus dem Prinzip der Tarifautonomie 48

aa) Der große Ermessensspielraum der Tarifvertragsparteien 49

bb) Die Aufteilung der Schutznorm in einen Kern und die rechtstechnische Einkleidung 49

c) Die Auffassung von der unantastbaren Dignität richterlicher Schutzvorschriften 50

4. Eigene Stellungnahme zu dem Problem des tarifdispositiven Richterrechts 51

Seite

§ 4 Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 75b Satz 2 HGB 56

I. Darstellung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 56

II. Die Ansichten zu diesem Problem in der Literatur 61

1. Verstoß von § 75b Satz 2 HGB gegen Art.20 GG 61

2. Verstoß von § 75b Satz 2 HGB gegen Art.3 I GG 62

a) Verstoß des entschädigungslosen Wettbewerbsverbots für Hochbesoldete gegen Art.3 I GG 63

b) Verstoß der Berechnungsmethode für die Verdienstgrenze gegen Art.3 I GG 64

III. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 65

1. Die Warnurteile 66

2. Die materielle Rechtslage hinsichtlich § 75b Satz 2 HGB 69

a) Verstoß der von § 75b Satz 2 HGB vorgenommenen Differenzierung gegen Art. 3 I GG 69

b) Verstoß der vorliegenden Fassung von § 75b Satz 2 HGB gegen Art.20 GG 71

c) Verstoß der vorliegenden Fassung von § 75b Satz 2 HGB gegen Art.3 I GG 73

aa) Die Hochbesoldeten gemäß der Berechnungsmethode im Verhältnis zu den tatsächlich Hochbesoldeten 74

bb) Die Hochbesoldeten gemäß der Berechnungsmethode im Verhältnis zu den durchschnittliche verdienenden Handlungsgehilfen 75

Seite

3. Die notwendigen Konsequenzen aus der Rechtslage bei § 75b Satz 2 HGB 76

a) Die Folgen der contra legem Entscheidung 78

b) Das Schließen der Lücke bei § 75b Satz 2 HGB 82

§ 5 Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur analogen Anwendung der §§ 74ff HGB auf Wettbewerbsabreden mit sonstigen Arbeitnehmern 87

I. Darstellung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 87

1. Keine Analogie 87

2. Übernahme allgemeiner Rechtsgedanken 89

3. Analoge Anwendung der §§ 74ff HGB 90

II. Die Ansichten über dieses Problem in der Literatur 93

1. Keine analoge Anwendung der §§ 74ff HGB 93

a) Die Entstehungsgeschichte des Rechts der Wettbewerbsabreden 93

b) Keine Lücke im Gesetz 94

c) Die §§ 74ff HGB als nicht analogiefähige Sondervorschriften 94

d) Die unterschiedlichen Verhältnisse 94

2. Analoge Anwendung der §§ 74ff HGB 95

a) Die Regelungsanalogie 96

b) Die Einzelanalogie 96

aa) Die Einzelanalogie auf Wettbewerbsabreden mit technischen Angelstellten 97

bb) Die Einzelanalogie auf Wettbewerbsabreden mit gewerblichen Arbeitern 98

c) Die Rechtsanalogie 99

Seite

III. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 99

1. Rechtsfortbildung praeter legem 99
2. Rechtsfortbildung contra legem 102
3. Die Form der Analogie 106
   a) Rechtsanalogie 106
   b) Einzel-/Regelungsanalogie 108
      aa) Materiellrechtliche Gesichtspunkte 108
      bb) Formelle Gesichtspunkte 112

§ 6 Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum bedingten Wettbewerbsverbot 116

I. Problemstellung 116

II. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Folgen des bedingten Wettbewerbsverbots 119

III. Die Ansichten zu diesem Problem im Schrifttum 121

1. Die richterliche Rechtsfortbildung ist zulässig und wünschenswert 121
2. Die richterliche Rechtsfortbildung ist unzulässig 121
3. Die richterliche Rechtsfortbildung ist nicht erforderlich 122

IV. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf diesem Rechtsgebiet 122

1. Keine Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung 122
   a) Ansprüche des ArbN gegen den ArbGeb aus culpa in contrahendo 123
   b) Ansprüche des ArbN gegen den ArbGeb aus § 812 i.V.m.§ 818 II BGB 124
2. Zulässigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung 125

Seite

V. Tarifdispositivität und bedingtes Wettbewerbsverbot 129

1. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 129

2. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 131

Entscheidungsverzeichnis 133

Literaturverzeichnis 139

Abkürzungen 150

§ 1 Allgemeine Erörterungen über das Richterrecht

I. Definition des Richterrechts

Obwohl das Richterrecht für das gesamte Recht eine bedeutende, und für das Gebiet des Arbeitsrechts sogar - wie im Verlauf der Arbeit deutlich werden wird - eine dominierende Rolle erlangt hat, besteht keine Einigung darüber, was unter diesem Begriff zu verstehen ist. Daher ist die Forderung Herschels[1] nur zu berechtigt, daß jeder Äußerung über diese Materie die Erklärung voranzugehen habe, was der Autor darunter versteht.
Für die Definition dieses Begriffes bieten sich mehrere Möglichkeiten an. Man kann schon (oder auch nur allein) die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Konkretisierung von Generalklauseln (Rechtsfortbildung intra legem) darunter verstehen; man kann von Richterrecht dann sprechen, wenn die Gerichte Grundsätze aufstellen, um Lücken im Gesetz zu schließen (Rechtsfortbildung praeter legem) oder neue rechts- oder sozialpolitische Bedürfnisse zu befriedigen (Rechtsfortbildung extra legem), und es ist schließlich möglich, diesen Begriff erst dann zu verwenden, wenn richterliche Entscheidungen gegen das Gesetz getroffen werden (Rechtsfortbildung contra legem).

1. Rechtsfortbildung intra legem

Die weiteste Auffassung ist die, die schon die Rechtsfortbildung intra legem - neben den anderen aufgeführten Formen - zum Richterrecht zählt.[2] Diese Ansicht besagt, daß bereits die Auslegung ein volitives Element enthalte und damit ein Akt politisch-dezisionärer Rechtsschöpfung sei.[3] Daher beinhalte das Richterrecht auch

---

1) Herschel, RdA 73, 147 (149)
2) Schneider, Richterrecht, S.14
3) Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S.6
Scholz, DB 72, 1771 (1777) Fn. 93 m.w.N.

die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe, wobei nicht verkannt wird, daß der Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen fließend ist.[1] Darüber hinaus umfasse dieser Begriff dann konsequenterweise auch die Ausfüllung von Generalklauseln[2] und Blankettnormen.[3] Nach dieser Meinung ist es demnach gleichgültig, ob der Richter eine gesetzliche Norm nur anwendet, ergänzt oder umgeht. Er dient bereits mit jeder Normverwirklichung durch Interpretation der Fortbildung des Rechts.[4]

Während diese Autoren also die Auslegung und Konkretisierung neben der Ergänzung und der Umgehung zu dem Gebiet des Richterrechts zählen, will Ramm[5] das Richterrecht allein auf diese beiden Möglichkeiten beschränken, da der Richter nur eine mittelbare demokratische Legitimation besitze.

2. Rechtsfortbildung contra legem

Eine sehr enge Auslegung dieses Begriffs findet man bei Hirsch[6], der darunter nur solche Ergebnisse richterlicher Rechtsfindung versteht, mit denen sich der Richter in einen Gegensatz zu gesetzlichen Wertungen stellt. Das wiederum wertet Hirsch dann als Rechtsbruch und kommt somit zu einer Ablehnung des Richterrechts überhaupt.

3. Rechtsfortbildung praeter und extra legem

Eine dritte Meinung zählt wie die erste Ansicht die Ergänzung der gesetzlichen Norm (Rechtsfortbildung praeter legem), die Befriedigung neuer rechts-und sozialpolitischer Erfordernisse durch Umbildung gesetzlicher Regelungen oder Schaffung neuer Rechts-

---

1) Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle, S.10
2) Less, Wesen und Wert des Richterrechts, S.9
   Wieacker, Anm. zu BAG 10.5.1962
3) Habscheid, Richter und Recht, S.20
4) Schneider, a.a.O., S.16
5) Ramm, AuR 62, 353 (361)
6) Hirsch, JR 66, 334 (341)

institute (Rechtsfortbildung extra legem, aber intra ius)[1] und die Abweichung vom Gesetz und dessen Umgehung (Rechtsfortbildung contra legem) zum Richterrecht. Sie versteht darunter aber nicht die Auslegung unbestimmter oder ausfüllungsbedürftiger[2] Rechtsbegriffe und die Konkretisierung von Blankettnormen und Generalklauseln[3], obgleich letztere mit oftmals nicht zu überbietender Schwammigkeit die Abdankung des Gesetzgebers zugunsten eines sozial gestaltenden Richters anzeigen.[4]
Einerseits wird die Begründung darin gesehen, daß die Auslegung ein Akt der Erkenntnis und kein Willensakt sei[5], obwohl anerkannt wird, daß hierbei die Grenze zwischen Gesetzesinterpretation und Rechtsfortbildung fließend ist und somit die Rechtsprechung intra legem dem Richterrecht sehr nahe steht. Eine Rechtsfortbildung wird aber selbst dann verneint, wenn bei der Auslegung teleologische, wertkritische oder noch andere Gesichtspunkte bestimmend sind.[6]

Andererseits wird nicht bestritten, daß auch der Richter, der eine Norm interpretiert oder eine Generalklausel konkretisiert, das Recht damit fortbildet und nicht bloß erkennt.[7] Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Konkretisierung von Blankettnormen und Generalklauseln wird dann als "verdeckte Rechtsfortbildung" bezeichnet.[8] Verdeckt deshalb, weil der Richter in diesen Fällen immer noch das Gesetz selbst sprechen lassen, nicht aber ihm etwas hinzufügen will. Er will nur interpretieren und anwenden - seine Ansicht also dem Gesetz entnehmen. Somit liegt zwar im Ergebnis eine Rechtsfortbildung vor, dies liegt aber nicht in der Absicht des Richters.

---

1) Lieb, DB 73, 69 (73); Larenz, Methodenlehre, S.382
2) Larenz, Kennz. geglückter richterl. Rechtsfortbildung, S.2
3) Haueisen, Festschr. für Jantz, S.193 (201); Herschel, AuR 72, 129 (130); Galperin, Rechtsfortbildung, S.9
4) Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S.5
5) Haueisen, a.a.O., S.201
6) Galperin, a.a.O., S.9
7) Larenz, Kennz. geglückter richterl. Rechtsfortbildung, S.2 m.w.N.
8) Larenz, NJW 65, 1 (2)

Hingegen stellt der Richter z.B. bei der Rechtsfortbildung praeter legem eine Lücke im Gesetz fest, und bei der Ausfüllung dieser Lücke ist er sich bewußt, daß er selbst eine Regel aufstellt, die er dem Gesetz nicht unmittelbar entnehmen kann. Er weiß, daß eine direkte Bezugnahme auf das Gesetz nicht möglich ist. Für diesen Vorgang hat Larenz den Begriff der "offenen Rechtsfortbildung" geprägt.[1] Dieselben Voraussetzungen liegen natürlich erst recht bei der Rechtsfortbildung contra legem vor. Denn hier weiß der Richter, daß er nicht nur keinen Bezug auf das geltende Gesetz nimmt, sondern daß er sich über das Gesetz hinwegsetzt.
Daher versteht Larenz unter Richterrecht nur diese Rechtsfortbildung im engeren Sinne, die Rechtsfortbildung praeter, extra und contra legem.

4. Richterrecht im Sinne dieser Arbeit

Die Larenz'sche Definition des Richterrechts soll dieser Arbeit zugrundegelegt werden. Zwar ist nicht zu verkennen, daß auch die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Konkretisierung von Generalklauseln und Blankettnormen ein Element der Rechtsfortbildung in sich trägt. Aber hier steht der Richter letztlich noch auf dem Boden des Gesetzes, der Bezugspunkt ist gegeben. Es ist zwar zuzugeben, daß dieser Bezugspunkt oft verschwommen ist, insbesondere bei Generalklauseln. Die Flucht des Gesetzgebers in unbestimmte Rechtsbegriffe und weitgefaßte Generalklauseln erleichtert dem Richter seine Aufgabe ganz bestimmt nicht. Aber diese beiden Begriffe stellen doch immerhin einen gewissen Rahmen dar, der durch Willensakte auszufüllen ist.
Die Rechtsgestaltung[2] aber findet in viel stärkerem Maße erst dort statt, wo eine Lücke zu füllen ist, neue rechtspolitische Bedürfnisse zu befriedigen sind oder Recht gegen das Gesetz gesprochen wird. Wenn der Richter

---

1) Larenz, NJW 65, 1 (2)
2) Herschel, AuR 72, 129 (130)

einen "weißen Fleck auf der Landkarte des Rechts"[1] beseitigt, wenn er daran geht, neue Rechtsinstitute zu schaffen oder wenn er sich über obsolet gewordene Gesetze hinwegsetzt, dann kann er sich nicht am Gesetz orientieren, sondern dann muß er selbst gesetzesähnliche Regeln aufstellen. Er entwickelt dann nicht mehr nur bestehendes Recht fort, sondern gestaltet neues Recht.
Daher wird im folgenden von Richterrecht nur dort die Rede sein, wo eine Rechtsfortbildung praeter, extra oder contra legem vorliegt.
Ist somit der der Arbeit zugrundeliegende Begriff des Richterrechts geklärt, so sind nun zunächst die Ursachen für das Entstehen dieses Phänomens und seine rechtliche Begründung zu erörtern. Danach sollen dann die einzelnen Arten der Rechtsfortbildung näher untersucht werden.

II. Ursachen für die Entstehung des Richterrechts und dessen rechtliche Begründung

1. Ursachen

Die schöpferische Rechtsfindung ist dem Richter erst kürzlich wieder durch das Bundesverfassungsgericht generell zugestanden worden.[2] Auch in der Literatur ist heute unbestritten, daß die richterliche Rechtsfortbildung für die Entscheidung oberer Bundesgerichte eine typisch verfassungsmäßig legitime Aufgabe ist.[3] Und daher erscheint es einigen Autoren müßig, überhaupt noch über die Berechtigung des Richterrechts nachzusinnen[4], in dem bereits Bierling ein seit Jahrhunderten geübtes Gewohnheitsrecht sieht.[5]

---

1) Baring, JJb Bd.6, 27 (35)
2) BVerfG 14.2.1973 m.w.N. aus der Rspr.
3) Rüthers, RdA 68, 161 (178); Reinicke, JuS 64, 421; zur Geschichte des Richterrechts siehe bei: Schneider, a.a.O., S.1-12; Less, a.a.O., S.14ff; Denecke, RdA 53, 412; Fischer, Weiterbildung des Rechts, S.11ff
4) Biedenkopf, Betriebsrisikolehre, S.25; Hilger, Festschr. für Larenz, S.109 (111)
5) Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd.4, S. 396

Der Versuch von Hirsch, das Richterrecht als Rechtsbruch zu disqualifizieren[1], und den Richter wieder zum "bouche qui prononce les paroles de la loi"[2] zu machen, ist gescheitert. Gescheitert deswegen, weil Hirsch verkennt, daß es dem Gesetzgeber bei dem Wandel der Verhältnisse unmöglich ist, dem Richter ein Gesetzeswerk zurVerfügung zu stellen, unter das er den Sachverhalt nur noch schlicht zu subsumieren braucht. Das Richterrecht wäre in der Tat höchst unnötig und unberechtigt, wenn die Rechtsordnung lückenlos und die Bedeutung der Rechtsnorm im Gesamtgefüge des Rechts unwandelbar wäre.[3] Dem ist aber nicht so. In einer Zeit des Wandels und des Umbruchs kann die Gesetzgebung ihrer Aufgabe nicht in dem Maße nachkommen, wie es wünschenswert wäre.[4] Daher kann der Gesetzgeber oftmals nur ein Flickwerk zur Verfügung stellen[5], weil er mit der rasanten Fortentwicklung der Lebensverhältnisse nicht Schritt halten kann. Kommt es dann zu Lücken im Gesetz oder entspricht eine Norm nicht mehr den Verhältnissen, so muß der Richter handeln, um die auftretenden Mißstände zu beseitigen.[6] Daß diese generelle Anerkennung des Richterrechts bei der Frage der contra legem Entscheidung nicht mehr vorhanden ist, soll später untersucht werden.

2. Die rechtliche Begründung

Eine ausdrückliche generelle Ermächtigung des Richters zur Bildung des Richterrechts fehlt im deutschen Recht. Anders verhält es sich z.B. im Schweizer Recht, wo Art. 1 II ZGB ausführt:"Kann er (der Richter) aus keiner dieser Quellen (Gesetz, Gewohnheitsrecht, bewährte Lehre und Überlieferung) das Recht schöpfen, so fällt er sein Urteil nach der Regel, die er als Gesetz-

1) Hirsch, a.a.O.
2) Montesquieu, De l'Esprit des lois XI,6:
Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi
3) Larenz, NJW 65, 1
4) Marcic, Gesetzesstaat und Richterstaat, S.278
5) Kübler, JZ 69, 645
6) Bauer, Festschr. für Schnorr v. Carolsfeld, S.1 (10)

geber aufstellen müßte."
Danach hat also der Richter im Rahmen des positiven Rechts und seiner immanenten Wertungen die Norm selbst aufzustellen, nach der er den Fall entscheidet.[1] Eine ähnliche, wenn auch nicht so weitgehende Formulierung enthält § 1 S 2 des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, der bei Ermangelung gesetzlicher Vorschriften auf die Grundsätze der Rechtsordnung verweist. Aus den Protokollen[2] ergibt sich - entgegen Flume[3] - nicht, daß diese Norm deshalb gestrichen wurde, weil man die gesamte Regelung für selbstverständlich erachtete. Für selbstverständlich hielt man nur die in § 1 S 1 erwähnte Analogie. Gestrichen wurde § 1 vielmehr deswegen, weil die Fassung überhaupt nicht einwandfrei sei und es besonders schwer erscheine, eine allseitig befriedigende Fassung zu finden, die keinen doktrinären Anstrich habe. Die Verfasser des BGB sind vielmehr von der Kodifikationsidee ausgegangen (vgl. dazu die Erörterungen über das Gewohnheitsrecht[4]).

Sind demnach dem BGB und seiner Entstehungsgeschichte keine Anhaltspunkte für eine Legitimation des Richterrechts zu entnehmen[5], so müssen dafür andere Gesichtspunkte untersucht werden.
An dieser Stelle ist zu unterscheiden, welcher Spruchkörper das Richterrecht bildet. Denn das Gesetz enthält sowohl in § 137 GVG, als auch in § 45 II ArbGG eine ausdrückliche Legitimation für die Großen Senate des BGH und des BAG zur Fortbildung des Rechts. Zwar sind es diese beiden Normen, die der Entfaltung des Richterrechts den Weg geebnet haben[6], da sie aber ausschließlich nur für die Großen Senate gelten, fehlt für die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung durch andere Senate des BGH und des BAG sowie für die Rechts-

---

1) Meier-Hayoz, Richter als Gesetzgeber, S.58
2) Protokolle I,S. 2
3) Flume, Steuerberaterjahrbuch 64/65, 55 (60/61)
4) Motive I S.3ff
5) So auch Söllner, Akademie der Arbeit NF 25, 5 (9)
6) Less, a.a.O., S.54

fortbildung durch die Spruchpraxis der anderen Gerichte eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage.
Zur Begründung des von ihnen gebildeten Richterrechts wird allgemein das Verbot der Rechtsverweigerung erblickt.[1] Dieses Prinzip verbietet es dem Richter, sich einer Rechtsantwort zu enthalten. Kein Gericht darf demgemäß wegen der Lückenhaftigkeit, Widersprüchlichkeit oder Unklarheit des Rechts eine Entscheidung verweigern.[2] Wenn Hirsch[3] demgegenüber ausführt, es sei für das Funktionieren des Organismus der Rechtsordnung sehr viel segensreicher, wenn ein Urteil des BGH ausführt, die Klage müsse abgewiesen werden, weil der Gesetzgeber mit der notwendigen Reform noch immer auf sich warten lasse, dann kann dem nicht gefolgt werden. Dieser Vorschlag ist zu einfach und wird der Verantwortung des Richters gegenüber der Öffentlichkeit nicht gerecht.[4]
Man kann diese Auffassung auch nicht auf den Grundsatz der Gewaltenteilung stützen, denn der Rechtsuchende wird kaum Verständnis dafür aufbringen, wenn ein Prinzip, das ihn vor der Übermacht einer staatlichen Gewalt schützen soll, dazu verwandt wird, ihm eine erforderliche Entscheidung vorzuenthalten.[5]
Zusammenfassend ist also zu sagen:"Die Feststellung einer Gesetzeslücke, das Bedürfnis nach einer neuen Regelung und der Widerspruch einer Norm mit der Rechtswirklichkeit schaffen die rechtsstaatliche Ermächtigung, das Rechtsverweigerungsverbot die rechtsstaatliche Verpflichtung des Richters, die Lücke durch richterliche Rechtsfortbildung zu schließen." [6]

---

1) Preis, ZfA 72, 271 (272); Rüthers, RdA 68, 161 (178)
2) Schumann, ZZP 81.Bd., 79 (102); s.dort auch die Begründung dieses Prinzips.
3) Hirsch, a.a.O., S.341
4) Fischer, a.a.O., S. 28/29
5) Habscheid, a.a.O., S.23
6) Herschel, RdA 73, 147 (150)

III. Die Rechtsfortbildung praeter und extra legem

1. Die Rechtsfortbildung praeter legem

a) Voraussetzungen

Daß den Gerichten diese Art der Rechtsfortbildung zusteht, ist unbestritten.[1] Sie füllt einen Leerraum, der vom Gesetzgeber bewußt geschaffen wurde oder - ihm unbewußt - entstanden ist.[2] Voraussetzung für diesen Unterfall des Richterrechts ist demgemäß das Vorhandensein einer Lücke innerhalb der gesetzlichen Ordnung.[3] Die Gesetzeslücke wird allgemein definiert als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.[4] Sie setzt mit anderen Worten voraus, daß der Schluß gerechtfertigt ist, der Gesetzgeber würde einen Fall, hätte er an ihn gedacht, in einem bestimmten Sinne geregelt haben.[5] Diese Unvollständigkeit wird nach der h.M. gemessen an der Absicht des Gesetzes und seiner immanenten Teleologie.[6]
Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, den Begriff der Lücke im einzelnen zu erörtern[7] und sich mit den verschiedenen Lückeneinteilungen auseinanderzusetzen[8], zumal die Klassifizierung der Lücken für die Problematik der Rechtsfortbildung praeter legem nicht besonders ergiebig ist. Mit Recht führt Redeker aus, daß die Unterscheidungen der einzelnen Lücken zwar vollziehbar sind, daß sie in der Praxis aber weitgehend versagen, weil die Grenzen so schwimmend sind, daß der Einzelfall kaum entsprechend eindeutig eingeordnet werden kann.[9] Soweit die Klassifizierung einer Lücke im Verlauf der Arbeit relevant wird, soll daher die herkömmliche Lückenein-

1) a.A. nur Hirsch, a.a.O.
2) Bosch, FamRZ 66, 57 (69)
3) Roth-Stielow, Auflehnung des Richters, S.88
4) Larenz, Methodenlehre, S.358; Engisch, Einführung in das jur.Denken, S.138
5) Haueisen, a.a.O., S.196
6) Larenz, Methodenlehre, S.357; a.A. Canaris, Lücken im Gesetz, S.39, der die Unvollständigkeit an der gesamten geltenden Rechtsordnung mißt.
7) Siehe dazu Canaris, a.a.O.
8) Siehe dazu Roth-Stielow, a.a.O., S.84; Reinicke, JuS 64, S.421; Meier-Hayoz, a.a.O., S.64ff; Canaris,a.a.O.,S.134
9) Redeker, NJW 72, 409

teilung verwandt werden. Larenz[1] unterscheidet zwischen offenen und verdeckten Lücken sowie zwischen Norm- und Regelungslücken. Hinsichtlich des Entstehungsgrundes wird dann noch differenziert zwischen anfänglichen und nachträglichen und innerhalb der ersten zwischen dem Gesetzgeber bewußt und ihm unbewußt gebliebenen Lücken.

b) Methoden für das Schließen der Lücken

aa) Analogie

In erster Linie dient die Analogie dazu, Lücken im Gesetz zu schließen. Analogie bedeutet die Übertragung der für einen Tatbestand oder mehrere, untereinander ähnliche Tatbestände, im Gesetz gegebenen Regel auf den im Gesetz nicht geregelten, ähnlichen Tatbestand.[2] Es ist dies die Folgerung aus dem Gleichheitssatz: Gleichsinniges ist rechtlich auch gleich zu behandeln. Unterschieden wird bei der Analogie zwischen der Gesetzesanalogie (bzw. Einzelanalogie), der Regelungsanalogie und der Rechtsanalogie (bzw. Gesamtanalogie). Bei der Gesetzesanalogie wird eine einzelne, bei der Regelungsanalogie werden mehrere Normen auf einen nicht geregelten Sachverhalt entsprechend angewandt. Die Rechtsanalogie beinhaltet, daß ein induktiv aus mehreren Rechtsnormen entwickeltes Prinzip der Lösung des an sich unter diese Regelung nicht gehörenden Falles zugrunde gelegt wird.[3]

bb) argumentum a maiore ad minus

Ebenfalls aus dem Postulat der Gerechtigkeit resultiert das Prinzip des "argumentum a maiore ad minus". Davon spricht man dann, wenn die Gründe einer Vorschrift in noch stärkerem Maße auf einen nicht geregelten Fall zutreffen, als auf den von ihr unmittelbar erfaßten.[4]

---

1) Larenz, Methodenlehre, S.355ff
2) Larenz, Methodenlehre, S.359
3) Evers, Ev.Staatslexikon, Sp. 1658 (1663)
4) Canaris, a.a.O., S.78

cc) Teleologische Reduktion

Die beiden eben aufgezeigten Methoden dienen dazu, eine "offene Gesetzeslücke" zu schließen, sie werden also in den Fällen angewandt, in denen die zu erwarten gewesene positive Regel fehlt. Handelt es sich dagegen um eine "verdeckte Lücke", bedarf also die Gesetzesregel gemäß ihrer immanenten Teleologie einer Einschränkung, die das Gesetz vermissen läßt, so geschieht die Ausfüllung der Lücke durch das Hinzufügen der sinngemäß geforderten Einschränkung.[1] Es ist dies die Methode der teleologischen Reduktion, die aus dem Postulat resultiert, daß Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Die Differenzierung kann geboten sein durch den Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm selbst[2] oder durch den einer anderen Norm oder endlich durch ein der Rechtsordnung immanentes Prinzip, dem nach der Gesamtwertung in diesen Fällen der Vorrang gebührt.[3]

2. Die Rechtsfortbildung extra legem

a) Voraussetzungen

Die Rechtsfortbildung extra legem ist der Rechtsfortbildung praeter legem ähnlich. Denn mißt man die Unvollständigkeit einer Regelung nicht allein an der immanenten Teleologie des Gesetzes, sondern an der gesamten geltenden Rechtsordnung[4], erweitert man also den Begriff der Lücke, dann bedarf es dieser zusätzlichen Klassifizierung der Rechtsfortbildung gar nicht. Im Gegensatz zu der Rechtsfortbildung praeter legem ist bei der Rechtsfortbildung extra legem der den Leerraum ausfüllende Satz nicht mittelbar im Gesetz begründet, sondern man geht über den immanenten Sinn und Zweck des Gesetzes hinaus. Der so entwickelte Rechtssatz befindet

---

1) Larenz, Methodenlehre, S.369
2) BGHZ 10.12.1951
3) Enneccerus-Nipperdey, BGB AT 1.HB § 59; Larenz, Methodenlehre, S.369
4) Canaris, Lücken im Gesetz, S.39

sich dann zwar extra legem, jedoch intra ius. Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Rechtsfortbildung, die der Befriedigung neuer rechts- und sozialpolitischer Bedürfnisse dient, ist das Vorliegen eines Rechtsnotstandes, d.h. eines Zustandes, in dem ein Rechtsgedanke Schaden nehmen würde. Ferner muß sie sich in Einklang mit den grundlegenden Prinzipien der geltenden Rechtsordnung befinden.[1)]

b) Methoden für die Rechtsfortbildung extra legem

Da bei dieser Art des Richterrechts die Teleologie des Gesetzes verlassen wird, muß man sich naturgemäß anderer Methoden bedienen, als bei der Rechtsfortbildung praeter legem.

aa) Unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs

Als erste dieser Methoden ist die Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs zu nennen.[2)] Schulbeispiel für eine solche Rechtsfortbildung ist die Sicherungsübereignung. Sie erfüllt die im heutigen Wirtschaftsleben nicht zu entbehrende Funktion einer "Mobiliarhypothek".[3)] Zu diesem Institut konnte man nur mittels einer Rechtsfortbildung extra legem gelangen, weil sowohl die einfache Subsumtion des Sicherungseigentums unter den sachenrechtlichen Begriff des Eigentums als auch die Analogie zum Pfandrecht diesem Erfordernis des Rechtsverkehrs nicht gerecht werden konnte.

bb) Natur der Sache

Eine weitere methodische Grundlage ist die richterliche Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Natur der Sache.[4)]

---

1) Larenz, Methodenlehre, S.383
2) Larenz, Methodenlehre, S.385
3) Larenz, Kennz. geglückter richterl. Rechtsfortbildung, S.6
4) Evers, a.a.O., Sp.1663; Engisch, a.a.O., S.151; Staudinger-Brändl, BGB AT Einleitung Rdn. 72

Man geht davon aus, daß die Lebensverhältnisse ihr Maß und ihre Ordnung in sich tragen. Diese den Dingen innewohnende Ordnung nennt man die Natur der Sache.[1] Die Natur der Sache ist eine Quelle rechtlicher Erkenntnis insoweit, als sich aus ihr einmal Grenzen ergeben, jenseits derer eine Regelung nicht mehr als sinn- oder sachgemäß angesehen werden kann und als sie zweitens die Richtung angibt, in der die Lösung bestimmter Regelungsprobleme zu suchen ist.[2] Als Beispiel, wie der Gesetzgeber die Natur der Sache bei einer Regelung nicht genügend berücksichtigt hat und das Gericht aufgerufen ist, diesen Mißstand zu beseitigen, möge die Stellung des nicht rechtsfähigen Vereins dienen. Der Gesetzgeber unterstellt ihn dem Gesellschaftsrecht (§ 54 BGB), obwohl dies seiner körperschaftlichen Struktur und seinen Bedürfnissen keineswegs entspricht.[3]

cc) Immanente Prinzipien der Rechtsordnung

Ferner ist die Ableitung neuer Rechtssätze aus den der Rechtsordnung immanenten Prinzipien ein Mittel der Rechtsfortbildung extra legem.[4] Derartige Prinzipien werden als rechtsethische Prinzipien[5] oder materiale Prinzipien[6] bezeichnet. Als Beispiel für eine Fortbildung des Rechts gemäß eines solchen Prinzips ist die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 I BGB durch die Rechtsprechung des BGH anzusehen.[7]

Diese Ausführungen über Voraussetzungen und Methoden der richterlichen Rechtsfortbildung praeter und extra legem mögen an dieser Stelle genügen. Ein näheres Eingehen,

---

1) Dernburg, Pandekten, Bd.I, S.87
2) Larenz, Kennz. geglückter richterl. Rechtsfortbildung, S.6
3) BGHZ 11.7.1968
4) Larenz, Kennz. geglückter richterl. Rechtsfortbildung, S. 7
5) Larenz, Methodenlehre, S.394 mit Beispielen
6) Canaris, Lücken im Gesetz, S.95
7) BGHZ 25.5.1954; BGHZ 2.4.1957; BGHZ 18.3.1959

vor allem auf die Methoden, wird an den Stellen erfolgen, an denen untersucht wird, inwieweit das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung zum Wettbewerbsverbot nach den oben erörterten Grundsätzen verfahren ist. Denn eine richterliche Rechtsfortbildung, die den Vorwurf der Willkür nicht zu scheuen braucht, setzt die Kenntnis und Beherrschung dieser Methoden voraus.[1)]

IV. Die Rechtsfortbildung contra legem

1. Voraussetzungen

Während die richterliche Rechtsfortbildung praeter und extra legem, deren Unterscheidung nur dann notwendig ist, wenn man den engen Lückenbegriff zugrunde legt[2)], in den Grundsätzen unstreitig ist, stehen der Rechtsfortbildung contra legem starke Bedenken gegenüber, so daß Larenz die Lehre, die den Richter ausschließlich auf die beiden oben erörterten Arten der Rechtsfortbildung verweist, als die wohl noch herrschende bezeichnet.[3)]

Die Rechtsfortbildung contra legem ist in zwei Fallgruppen zu unterteilen. Einmal betrifft es den Fall, in dem der Richter in seiner Entscheidung gegen eine gesetzliche Anordnung verstößt, zum anderen den Fall, in dem der Richter durch seine Entscheidung Regeln für einen Sachverhalt aufstellt, der durch Gesetz nicht geregelt ist und den der Gesetzgeber auch gar nicht regeln wollte[4)], der Richter also die Grundsätze über das beredte Schweigen des Gesetzes außer acht läßt und somit gegen das Prinzip des "argumentum e contrario" verstößt. Der Richter ist zu einer Korrektur des Gesetzes dann ermächtigt, wenn die Regelung eines vorkonstitutionellen Rechts im Widerspruch zum

---

1) Larenz, Kennz. geglückter richterl. Rechtsfortbildung, S.10
2) Siehe § 1 III 1a der Arbeit
3) Larenz, Methodenlehre, S.399
4) Ballon, JBl 72, 598 (602)

Grundgesetz steht, wenn das Gesetz infolge Zeitablaufs obsolet wird (cessante ratione legis cessat lex ipsa), ferner, wenn sich die Regelung als untaugliches Mittel zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges erweist (lex sine ratione non lex) und wenn die gesetzliche Regelung im Zeitablauf in Antinomie zu einem rechtsethischen Prinzip gerät, das zur Zeit des Erlasses des Gesetzes entweder überhaupt noch nicht oder nur in minderer Intensität empfunden wurde.[1)]
Ähnlich unterteilt Germann in die Zulässigkeit des contra legem Judizierens bei veränderten außerjuristischen Tatsachen, bei wissenschaftlichem Fortschritt und bei besserer Einsicht in die Konsequenzen einer Regelung.[2)]

Der Grund, warum diese Rechtsfortbildung von vielen Autoren strikt abgelehnt wird, wird hauptsächlich im Gewaltenteilungsprinzip gesehen.[3)] Danach soll es nur Aufgabe des Gesetzgebers sein, die Gesetze abzuändern, die er für nicht mehr zeitgemäß oder aus anderen Gründen für überholt hält. Die Gegenansicht[4)] spricht dagegen auch dem Richter dieses Recht zu, und zwar, wie bei der Rechtsfortbildung extra legem, in den Fällen des Notstands. Dieser Gesetzesnotstand wird dann angenommen, wenn die Aktualisierung des Gesetzes im zur Entscheidung anstehenden Fall "absurd unvernünftig" wäre[5)], wenn sich das Rechtsempfinden bei Beachtung

1) Habscheid, Richter und Recht, S. 30ff
2) Germann, Präjudizien als Rechtsquelle, S.37
3) Hirsch, JR 66, 324ff; Ballon, a.a.O., S.601; Scholz, DB 72, 1771 (1779); Stein, NJW 64, 1745; Roth-Stielow, Auflehnung des Richters, S.34; Meier-Hayoz, Richter als Gesetzgeber, S.33ff; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S.190
4) Esser, Grundsatz und Norm, S.262; Hilger, Festschr. für Larenz, S.109 (110/11); Larenz, NJW 65, 1 (3); Galperin, Rechtsfortbildung, S.15; Habscheid, a.a.O., S.28; Merz, AcP 163, 305 (340)
5) Bosch, FamRZ 66, 57 (70); Esser, Grundsatz und Norm, S.262

des Gesetzes in "unerträglichem Maße beleidigt fühlt".[1] Ferner muß dieser Rechtsnotstand offensichtlich und nicht auf andere Art und Weise zu beheben sein.[2] Die contra legem Entscheidung wird also dort respektiert, wo sie zur Sicherung einer gerechten Ordnung unerläßlich wird[3], obwohl man an keiner Stelle verkennt, daß eine Entscheidung gegen das Gesetz immer nur ultima ratio sein darf.[4]

2. Verfassungsrechtliche Aspekte der Rechtsfortbildung contra legem

Zur Klärung der Frage, inwieweit eine richterliche Entscheidung gegen das Gesetz bzw. dessen Sinn und Zweck unter den genannten Voraussetzungen zulässig ist, muß untersucht werden, ob bei einem solchen Richterrecht gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung verstoßen wird.

a) Sinn und Zweck der Gewaltenteilung

Die Teilung der Staatsgewalt in Exekutive, Legislative und Judikative entspricht historisch der Staatsform der konstitutionellen Monarchie.[5] Die Unterteilung in dieser strikten Form ist aber in einer parlamentarischen Demokratie nicht mehr möglich. Daher hat der Grundsatz der Gewaltenteilung - obwohl im Grundgesetz verankert (Art.20 II, III GG) - eine gewisse Durchbrechung erfahren.[6] Denn Sinn und Zweck der Gewaltenteilung ist zum einen eine Art Funktions- oder Arbeitsteilung bei Wahrung der staatlichen Einheit[7]

---

1) Gernhuber, Festschr.für Schmidt-Rimpler, S.151 (171/72); Reinicke, JuS 64, 421 (427)
2) Larenz, Methodenlehre, S.401
3) Galperin, Rechtsfortbildung, S.15
4) Gernhuber, a.a.O., S.171/72
5) Söllner, Akademie der Arbeit NF 25, 5 (12)
6) Als Beispiele sind zu nennen die gleichzeitige Mitgliedschaft von Regierungsmitgliedern im Parlament oder etwa die Regelung des Art.80 GG
7) Ballon, JBl 72, 598 (600); Schneider, Richterrecht, S.33

und zum anderen eine Gewaltenhemmung.[1] Gegen dieses Prinzip der wechselseitigen Kontrolle wird nach h.M. erst dann verstoßen, wenn eine der drei Staatsgewalten in den Kernbereich einer anderen hinübergreift.[2] Dieser Übergriff in den Kernbereich kann sich vollziehen durch die Intention, die Intensität und durch die Quantität des Eingreifens[3], dessen Folge dann die Erlangung des Übergewichts durch eine der Gewalten wäre.

b) Verstoß gegen den Kernbereich

Unter diesem Aspekt ist nun das Verhältnis der Judikative zur Legislative hinsichtlich der richterlichen Rechtsfortbildung contra legem zu betrachten.
Ohne Zweifel ist, dem Prinzip der Demokratie (Art.20 und Art. 28 GG) entsprechend, das frei gewählte Parlament zur rechtlichen Ordnung und Gestaltung des politischen Gemeinwesens legitimiert und verpflichtet.[4] Diese Verpflichtung besteht nicht nur darin, neue Gesetze zu erlassen, sondern auch die bereits bestehenden den sich ändernden Verhältnissen und Anschauungen ständig anzupassen.[5] Fraglich ist nun, welche Konsequenzen es hat, wenn das Parlament diesen Aufgaben nicht nachkommt (und auch gar nicht nachkommen kann) und dafür die Rechtsprechung als "Notgesetzgeber" einspringt bzw. einspringen muß. Eine Verletzung des Kernbereichs durch die Intention oder die Quantität des Übergriffs scheidet schon deshalb aus, weil als Voraussetzung für die Rechtsfortbildung contra legem ein Rechtsnotstand

---

1) Ballon, a.a.O.;
Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 Rdn. 78
2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 Rdn.81; Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle, S.12; Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S.599
3) Maunz-Dürig-Herzog, Art.20 Rdn. 81
4) Schneider, Richterrecht, S.32; Habscheid, Richter und Recht, S.21; Boldt, Quellen des Arbeitsrechts, S.60
5) Fischer, Weiterbildung des Rechts, S.20 weist in diesem Zusammenhang auf die Novellengesetzgebung bei der staatlichen Leistungsvorsorge hin.

erforderlich ist - wenn diese Rechtsfortbildung also die ultima ratio darstellt.
Ein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip könnte also nur wegen Intensität des Übergriffs möglich sein. Hätte der parlamentarische Gesetzgeber nicht bloß die Verpflichtung zur Gesetzgebung, sondern auch das Rechtsetzungsmonopol, dann wäre tatsächlich in einer Durchbrechung dieses Monopols mittels der Rechtsfortbildung contra legem ein Eingreifen zu sehen, das durch seine Intensität eine Verletzung des Kernbereichs der Legislativen hervorrufen würde. Voraussetzung für ein solches Monopol des Gesetzgebers wäre aber die Lückenlosigkeit des Gesetzesrechts[1], was wegen der genannten Gründe[2] aber nicht der Fall sein kann. Zu Recht wird daher die staatsrechtliche Doktrin, derzufolge der Gesetzgeber dieses Monopol habe oder haben solle, als ein "lebensferner Überrest aus der Zeit des Kodifikationsoptimismus" bezeichnet.[3] Es ist vielmehr allgemein anerkannt, daß der Gesetzgeber kein Rechtsetzungsmonopol, wohl aber die Rechtsetzungsprärogative hat[4] und er demgemäß jederzeit eine ihm nicht genehme Rechtsprechung aufheben und beenden kann.[5] Aus diesem Recht folgt, daß die richterliche Rechtsfortbildung contra legem wegen ihres subsidiären Charakters gar keinen intensiven Übergriff in den Kernbereich der legislativen Gewalt und somit keinen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip darstellen kann.
Auch sie ist daher - bei Beachtung der engen Voraussetzungen - verfassungsgemäß.

---

1) Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle, S. 13
2) Siehe § 1 II 1 der Arbeit
3) Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.63
4) Habscheid, Richter und Recht, S.21; Kriele, a.a.O.; Schneider, Richterrecht, S.34; Preis, ZfA 72, S. 271 (280); Redeker, NJW 72, 409 (413)
5) BVerfG 29.1.1969

3. Methoden der Rechtsfortbildung contra legem

Bei dieser Rechtsfortbildung sind drei Fallkonstellationen möglich. Zunächst einmal kann der Richter sich einfach über eine Norm hinwegsetzen und sie gar nicht anwenden. Dann erschöpft sich darin - weil kein Bedarf für eine neue Regelung besteht - auch die Rechtsfortbildung. Zum anderen kann durch eine contra legem Entscheidung eine Lücke im Gesetz entstehen, sei es, daß dies durch die Nichtbeachtung der Norm selbst oder des beredten Schweigens des Gesetzgebers geschieht. Zur Schließung dieser Lücke, die der Richter also selbst schafft, stehen dann die gleichen Methoden wie bei der Rechtsfortbildung praeter legem zur Verfügung.
Drittens schließlich kann als Folge der Entscheidung ein neues rechts- oder sozialpolitisches Bedürfnis entstehen, zu dessen Befriedigung dann die Methoden dienen, die bereits bei der Rechtsfortbildung extra legem erwähnt wurden. Denn der Unterschied zwischen diesen beiden Formen des Richterrechts besteht nur darin, daß bei der einen gegen eine gesetzliche Wertung entschieden wird, und der dann entstehende gesetzesleere Raum gefüllt werden muß, während bei der anderen dieser zu füllende Leerraum von Beginn an da ist.
Hinzu kommt bei der Rechtsfortbildung contra legem, daß hier der Richter bei der Schöpfung der neuen Grundsätze manchmal noch auf die Grundentscheidung des gealterten Gesetzes zurückgreifen kann.

V. Die Form der richterlichen Rechtsfortbildung

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, alle Probleme, die das Richterrecht aufwirft, zu untersuchen. Daher soll am Schluß der allgemeinen Betrachtung über die richterliche Rechtsfortbildung nur noch ein wesentlicher Aspekt erörtert werden.

Muß der Richter Rechtsfortbildung betreiben, so stellt sich ihm die Frage, ob dies in Form der Einzelfallentscheidung oder der Regelaufstellung geschehen soll. Die Beantwortung dieser Frage muß unter Berücksichtigung des Prinzips der Rechtssicherheit erfolgen.[1] Dieses Prinzip beinhaltet die Komponenten der Rechtseinheit, Rechtsgleichheit, der Voraussehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen, des Vertrauensschutzes und des Rechtsfriedens.[2] Diesem Grundsatz kann die bloße Einzelfallentscheidung verständlicherweise nicht genügend Rechnung tragen. Daher ist es erforderlich, daß der Richter zunächst allgemeine Rechtsgrundsätze aufstellt, anhand derer er dann den ihm vorliegenden Fall entscheidet. Dieses Aufstellen allgemeiner Rechtsgrundsätze liegt in der Natur der Tätigkeit der höheren Gerichte[3], weil diese Form den besten Schutz vor Willkür und die beste Garantie für die Rechtssicherheit bietet.[4] So hat das Reichsgericht[5] ausgeführt, daß in diesen Fällen zu prüfen sei, wie der Gesetzgeber, wenn er das anstehende Problem im Auge gehabt hätte, die Frage geregelt hätte.
Diese "gesetzgeberische" Form der richterlichen Rechtsfortbildung kann naturgemäß Mängel aufweisen. Mängel, die darin begründet sind, daß dem Richter weder die personellen, noch die sachlichen Hilfsmittel zur Verfügung stehen, die eine optimale Lösung des Problems vielleicht erfordern würde. Er kann sich nicht die Informationen beschaffen, mit denen der Gesetzgeber arbeitet. Es ist ihm verwehrt, kostspielige demoskopische Untersuchungen anzustellen, Sachverständigenausschüsse zu bilden und Hearings durchzuführen.[6] Zudem steht er auch unter erheblich größerem Zeitdruck als der Gesetzgeber.

---

1) Meier-Hayoz, Richter als Gesetzgeber, S.247
2) Less, Wesen und Wert des Richterrechts, S.75; Gielen, Normsetzende Funktion der Rspr.,S.46
3) BVerfG 15.7.1969; BAG 10.3.1972
4) Meier-Hayoz, Richter als Gesetzgeber, S.98; Reinicke, JuS 64, 421 (422)
5) RGZ 21.12.1926
6) Söllner, Akademie der Arbeit NF 25, 5 (15);Herschel, AuR 72,129(131);Ballon, JBl 72,598; Schlüter, Das obiter dictum, S.31ff

Demgemäß bietet natürlich das Gesetzgebungsverfahren eine größere Garantie dafür, daß das gesamte Spektrum der möglichen Fallgestaltungen, der verschiedenen Interessen und der Auswirkungen der Regelung in Betracht gezogen wird[1] und daraus folgt die Überlegenheit des Gesetzes gegenüber dem Richterspruch hinsichtlich der Rationalität und Stabilität.[2]
Diese strukturelle Schwäche des Gerichtsverfahrens bei der Setzung abstrakt-genereller Normen[3] kann aber nicht als Argument gegen die richterliche Rechtsfortbildung in der Form von allgemeinen Rechtsgrundsätzen verwandt werden. Der Richter tritt nicht unter dem Gesichtspunkt an, zu dem Gesetzgeber in Konkurrenz zu stehen, er kann nur "Notgesetzgeber" sein, der einen Rechtsnotstand zu beseitigen versucht. Zwar ist es richtig, wenn Herschel ausführt, daß die Epoche vorbei sei, in der man bloß mit Sachkunde, Lebenserfahrung und gesundem Menschenverstand Gesetze konzipieren und formulieren konnte.[4] Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß mit eben diesen drei Attributen ein Notstand beseitigt werden kann, bis der Gesetzgeber mit allen ihm zu Gebote stehenden Hilfsmitteln eine endgültige Lösung des Problems herbeiführt. Diese endgültige Lösung muß bei weitem nicht immer von der Lösung abweichen, die das Gericht gefunden hat, sondern die durch richterliche Rechtsfortbildung gewonnenen Grundsätze können auch vom Gesetzgeber übernommen werden. Und so stellt sich dann sogar ein Teil der neuen Gesetzgebung als die nachträgliche Sanktionierung der von der Rechtsprechung gefundenen Regelung der Verhältnisse, als die Rezeption von Richterrecht durch den Gesetzgeber,dar.[5] Hält der Gesetzgeber auf der

---

1) Söllner, Akademie der Arbeit NF 25, 5 (15)
2) Schneider, Richterrecht, S.34
3) Söllner, a.a.O., S.8
4) Herschel, AuR 72, 129 (131)
5) Less, Wesen und Wert des Richterrechts, S.97; Mayer-Maly, RdA 70, 289 (290/91)

anderen Seite hingegen die von den Gerichten gefundenen Grundsätze für falsch und nicht interessengerecht, so steht es ihm nach dem Prinzip der Gesetzesprärogative frei, eine andere Lösung gesetzlich zu verankern.

Somit fällt die strukturelle Schwäche des Gerichtsverfahrens bei der Setzung abstrakt-genereller Normen zum Teil gar nicht ins Gewicht, weil die vom Richter entwickelte Lösung gesetzlich gebilligt wird, oder aber die aufgrund dieser Schwäche gefundene Lösung findet nicht die Billigung des Gesetzgebers und wird durch eine andere Lösung ersetzt. Die mangelhaften Hilfsmittel, die dem Richter bei der Schaffung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Verfügung stehen, berechtigen also nicht dazu, das Prinzip der Rechtssicherheit zu vernachlässigen und die richterliche Rechtsfortbildung im Wege der Einzelfallentscheidung zu betreiben.

§ 2 Das Richterrecht als Rechtsquelle

Nach diesen Erörterungen über den dieser Arbeit zugrundegelegten Begriff des Richterrechts und seiner Form, soll nun ein weiterer wichtiger Aspekt untersucht werden, nämlich die Frage, ob den richterrechtlichen Grundsätzen Rechtsquellencharakter zukommt.

1. Verneinung einer eigenständigen Rechtsquelle

Die überwiegende Ansicht - auch im Arbeitsrecht - geht davon aus, daß das Richterrecht keine eigenständige Rechtsquelle, sondern bloße Rechtserkenntnisquelle ist.[1] Zur Beantwortung der Frage, was Rechtsquelle, was erfahrungsmäßiger Erkenntnisgrund für etwas als Recht ist[2], stehen grundsätzlich zwei Verfahrensweisen zur Auswahl, nämlich das deskriptive und das präskriptive Verfahren.[3] Die herrschende Ansicht beschreitet den zweitgenannten Weg; sie tritt der Praxis mit einem idealen Anspruch gegenüber, sie postuliert, daß diese bestimmte Phänomene als Rechtsquellen zu achten habe oder nicht achten dürfe.[4] Dabei wird hinsichtlich des Richterrechts unterschieden zwischen der faktischen und der normativen Geltung.

1. Die faktische Geltung des Richterrechts

Unbestritten hat das Richterrecht eine große faktische Geltung in der modernen Rechtspraxis erlangt. Das Urteil eines obersten Gerichts wird mit seiner Veröffentlichung wie ein Gesetz Richtschnur im Verhalten der Rechtsgenossen. Man stellt sich darauf ein, daß das, was

---

1) Siehe z.B. Lehmann-Hübner, BGB AT § 3; Enneccerus-Nipperdey, BGB AT 1.HB, S.168; Larenz, Festschr. für Schima, S.247 (262); Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, 1.Bd., S.31ff; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 3; Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, S.28
2) Ross, Theorie der Rechtsquelle, S.16
3) Adomeit, Rechtsquellenfragen, S.38
4) Adomeit, a.a.O.

entschieden wurde, geltendes Recht geworden ist, obwohl diese generalisierende Wirkungskraft[1] dem Urteil weder kraft Gesetzes anhaftet, noch von den Gerichten selbst direkt in Anspruch genommen wird. Es trifft allerdings nicht zu, für diese Wirkungskraft allein die beteiligten Verkehrskreise verantwortlich zu machen.[2] Denn die Rechtsprechung fördert sie indirekt dadurch, daß sie den Betroffenen bei Nichtbeachtung der von ihr aufgestellten Grundsätze Nachteile erwachsen läßt, indem sie z.B. den Rechtsanwalt und Notar wegen Unkenntnis höchstrichterlicher Rechtsprechung haften läßt[3] oder ein Verschulden des Beamten bejaht, wenn dieser Grundsätze, die von obersten Gerichten aufgestellt werden, nicht anwendet.[4]

Somit steht auch nach der herrschenden Ansicht im Ergebnis fest, daß das Richterrecht dieselbe faktische Geltung hat, wie das Gesetz und das Gewohnheitsrecht, die beide allein als Rechtsquellen von der h.M. anerkannt werden.

2. Die normative Geltung des Richterrechts

Die ablehnende Ansicht der herrschenden Meinung resultiert nun aber daraus, daß sie diese phänomenologischen Kriterien scharf von den normativen abgrenzt und eine Lösung des Problems unter soziologischen Aspekten ablehnt.[5] Man verneint als Folge des präskriptiven Verfahrens eine normative Kraft des Faktischen und führt aus, daß "aus der faktischen Geltung nicht die normative Geltung resultiere"[6] oder wie Scholz sagt, "daß die Empire der Rechtswirklichkeit nicht den strukturellen Gegensatz von Normativität und Faktizität überbrückt".[7]

---

1) Fischer, Weiterbildung des Rechts, S.25
2) So aber Fischer, a.a.O.
3) Rabel, RabelsZ 51, 340 (345)
4) RGZ 26.1.1932; BGHZ 18.3.1959; BGHZ 29.4.1963
5) Scholz, DB 72, 1771 (1775)
6) Larenz, Festschr.für Schima, S.247 (249); Scholz, a.a.O.
7) Scholz, a.a.O., S.1776

Daher folge aus dem Umstand, daß die Rechtsgenossen die höchstrichterliche Rechtssprechung befolgen, noch nicht, daß sie sie auch befolgen sollen.[1)]
Gerade die Befolgungspflicht, so wird ausgeführt, unterscheide das Richterrecht von den Rechtsquellen Gesetz und Gewohnheitsrecht. Das Richterrecht habe deshalb keine gesetzesgleiche - also normative - Kraft, weil es ihm an der Bindungswirkung fehle und es ferner eine geringere Förmlichkeit, Ausdrücklichkeit und Deutlichkeit aufweise.[2)]
Der Grund für diese mangelnde Verbindlichkeit wird allgemein darin gesehen, daß dem Richter die Kompetenz zur abstrakt-generellen Normsetzung fehle. Die Begründung einer solchen Kompetenz stehe immer unter dem Vorbehalt einer parlamentarisch-demokratischen Ermächtigung und diese liege für den Richter, mit Ausnahme der Verfassungsgerichtsbarkeit (§§ 31 I,II; 67 S.3 BVerfGG), nicht vor. Eine Ermächtigung zur delegatorischen oder subsidiären Ausübung der legislativen Rechtsetzungsbefugnis kann auch nicht durch Schweigen des Gesetzgebers zu einem bestimmten Problem geschaffen werden.[3)]
Aus der mangelnden Befolgungpflicht folgt, daß es grundsätzlich jedem Richter unbenommen ist, von höchstrichterlichen Präjudizien abzuweichen, wenn er diese als falsch erachtet. Ob das Präjudiz richtig ist, hat der Richter in jedem neuen Fall selbst zu entscheiden, denn die Verantwortung für die Richtigkeit der konkreten Entscheidung kann ihm das Präjudiz nicht abnehmen. Daher ist der Richter nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, von einem Präjudiz abzuweichen, wenn er es für unrichtig hält. Dem Präjudiz wird dann in diesem Zusammenhang

---

1) BGHZ 29.1.1957; Larenz, Methodenlehre, S.405
2) Fischer, Weiterbildung des Rechts, S.38 ;
Bettermann, Ev. Staatslexikon, Sp.1711 (1712/13);
Forsthoff, DÖV 59,41 (43)
3) Scholz, DB 72, 1771 (1776)

allenfalls eine Richtigkeitsvermutung zuerkannt.[1)]

Wegen dieses Mangels im normativen Bereich wird dem Richterrecht die Anerkennung als Rechtsquelle verweigert. Für Esser ist schon die Fragestellung, ob "auch" die Rechtsprechung Rechtsquelle sei, "widersinnig, mißverständlich und unfruchtbar".[2)] Seiner Ansicht nach führen Gesetz und Richterrecht kein Eigenleben, sondern das Richterrecht schaffe als Teil des Gesetzesrechts materielles, positives Recht, es sei somit Teil der Rechtsquelle Gesetz.

II. Die Erstarkung des Richterrechts zum Gewohnheitsrecht

Als Konsequenz dieser Ansicht wird zum großen Teil in der Literatur das Problem in das Gebiet des Gewohnheitsrechts verlagert. Danach kann ein ständiger Gerichtsgebrauch den Anstoß zur Bildung von Gewohnheitsrecht geben. So wird dann formuliert, "das Gewohnheitsrecht bildet sich vornehmlich durch richterliche Rechtsfortbildung, durch einen Gerichtsgebrauch, der sich allgemein durchsetzt"[3)] oder "das Gewohnheitsrecht entsteht heute meist nur im Gewande der sog. ständigen Rechtsprechung durch Gerichtsgebrauch als Richterrecht".[4)] Durch die Bildung einer allgemeinen Rechtsüberzeugung und ihre Betätigung durch eine andauernde Übung erstarke das Richterrecht zum Gewohnheitsrecht, wobei Larenz dann auf das Kriterium einer längeren Übung verzichten will, wenn ein höchstrichterliches Präjudiz von vornherein einer allgemeinen Rechtsüberzeugung (einer "opinio necessitatis") Ausdruck verleiht.[5)]

---

1) Larenz, Methodenlehre, S.405 unter Hinweis auf Kriele,ohne jedoch dessen - für Larenz zu weitgehende - Wendung der präsumtiven Verbindlichkeit zu übernehmen.
2) Esser,Festschr. für von Hippel, S.95 (118/19); ders., Grundsatz und Norm, S.283
3) Lehmann-Hübner, BGB AT, S.21
4) Staudinger-Brändl, BGB AT Einleitung Rdn. 42
5) Larenz, Festschr. für Schima, S.247 (262/63)

III. Das Richterrecht als selbständige Rechtsquelle

Während also die herrschende Meinung das Richterrecht nur in Form des Gewohnheitsrechts zur Rechtsquelle erhebt, und Esser es dem Gesetz selbst zurechnet, sieht eine im Vordringen befindliche Ansicht in ihm eine selbständige Rechtsquelle.

1. Die faktische Geltung als Grund für den Rechtsquellencharakter des Richterrechts

Wie bereits oben ausgeführt[1], kann man bei der Untersuchung des Rechtsquellenproblems zwei prinzipiell entgegenstehende Verfahrensweisen anwenden. Verfährt man bei der Beurteilung dieser Frage nach dem deskriptiven Verfahren[2], d.h. geht man von der bestehenden Praxis aus und verarbeitet man diese theoretisch so, wie sie nun einmal beschaffen ist, so gelangt man allein aufgrund der faktischen Geltung dazu, das Richterrecht als selbständige Rechtsquelle anzuerkennen.
Diese deskriptive Betrachtungsweise macht sich - außer Adomeit - eine größere Anzahl von Autoren zu eigen, ohne darauf ausdrücklich hinzuweisen. Man fordert wegen der großen faktischen Bedeutung des Richterrechts die "Hinwendung zu einer realistischen Rechtsquellentheorie"[3] und die "Versöhnung der Theorie mit der Praxis"[4], die allein dadurch geschehen könne, daß man nicht die Augen vor der Wirklichkeit verschließt, sondern den "Zwiespalt zwischen Rechtsquellentheorie und Rechtspraxis beseitigt".[5] Daraus folgend wird dann formuliert, das Richterrecht sei harte Rechtswirklichkeit, sei Rechtsquelle.[6]

---

1) Siehe § 2 I vor 1 der Arbeit
2) So ausdrücklich: Adomeit, Rechtsquellenfragen, S.38ff
3) Preis, ZfA 72, 271 (281)
4) Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, S.252; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, S.15
5) Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle, S.4
6) Herschel, AuR 72, 129; Redeker, NJW 72, 409 (411); Zippelius, NJW 64, 1981 (1986); Brüggemann, JR 63, S.162 (163)

2. Die normative Geltung als Grund für den Rechtsquellencharakter des Richterrechts

Über diese faktische Wirkung hinaus, wird von einer weiteren Ansicht dem Richterrecht auch ein normativer Charakter beigelegt.[1] Wenn auch seine normative Geltung - so wird argumentiert - nicht exakt die gleiche wie bei einem Gesetz sei, so stehe es doch an Wesen und Gewicht der Norm sehr nahe, näher jedenfalls, als der reinen Rechtserkenntnis.[2]
Der Normcharakter des Richterrechts wird zum Teil aus dem Erfordernis der Rechtsgleichheit gefolgert[3] und zum Teil damit begründet, daß ein Unterschied in der von der herrschenden Meinung herausgestellten Befolgungspflicht zwischen Gesetz und Richterrecht kaum bestehe.[4] Denn die Prüfungspflicht gegenüber einem höchstrichterlichen Präjudiz sei die gleiche, wie gegenüber dem Gesetz und wie beim Richterrecht bestehe hier auch eine Verwerfungspflicht, zumindest bei der Verfassungswidrigkeit von Verordnungen, autonomen Satzungen und vorkonstitutionellem Recht.[5] Eine absolute Bindung zeichne daher eine Rechtsquelle gar nicht aus, so daß das Nichtvorhandensein dieses Kriteriums beim Präjudiz nicht relevant sei.

---

1) Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S.471ff; Herschel, RdA 73, S.147 (150); Säcker, ARSP, Bd.58, S.215 (235); Schneider, Richterrecht, S.27; Dahm, Deutsches Recht, § 7 III 1; Richardi, Gedächtnisschr. für Dietz, S.269 (280)
2) Isay, Rechtsnorm, S.246; Galperin, Rechtsfortbildung, S.16; Preis, ZfA 72, 271 (279); die Ebenbürtigkeit von Gesetz und Richterrecht betont auch die Entscheidung RGZ 26.5.1922
3) Germann, ZSR NF 68, 297 (306)
4) Less, Wesen und Wert des Richterrechts, S.59f
5) Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle, S.16

IV. Stellungnahme

1. Das Richterrecht als Gewohnheitsrecht

Abzulehnen ist zunächst die Auffassung, das Richterrecht könne nur über die Erstarkung zum Gewohnheitsrecht Rechtsquellencharakter erlangen. Mit dieser Ansicht verschleiert man in Wirklichkeit das Problem. Esser spricht insofern zu Recht von einer "geflissentlichen Kantenverschmierung"[1], weil man praktisch vor der Lösung des Problems in das Gewohnheitsrecht flüchtet.[2] Die Autoren, die diese Flucht antreten, übersehen, daß die Wirkung eines Präjudiz bereits mit der ersten Entscheidung eintritt, ohne daß es dazu einer langjährigen Übung, die Voraussetzung für die Entstehung eines Gewohnheitsrechts ist, bedarf.[3] Denn gerade die einsichtigsten und daher vom breiten Widerhall (in der Juristenmeinung, wie im Verkehr) bestätigten Erkenntnisse, brauchen niemals wiederholt zu werden.[4]
Daneben tritt die Gefahr der Zementierung höchstrichterlicher Rechtsprechung, die auftritt, wenn man das Richterrecht zum Gewohnheitsrecht erstarken läßt. Denn es stellt sich doch die Frage, wie ein Gericht bei nachträglicher Änderung seiner Auffassung, die alte Ansicht revidieren kann, wenn diese bereits Gewohnheitsrecht geworden ist. Die Antwort lautet, daß eine solche Möglichkeit nicht besteht. Das folgt daraus, daß das Gewohnheitsrecht als gleichwertige Rechtsquelle neben dem Gesetzesrecht steht und es zur Außerkraftsetzung einer Norm des Gewohnheitsrechts des Eingreifens des Gesetzgebers oder der Bildung von entgegenwirkendem Gewohnheitsrecht bedarf.[5]

---

1) Esser, Festschr. für von Hippel, S.95 (102)
2) Adomeit, Rechtsquellenfragen, S.47
3) Germann, Präjudizien als Rechtsquelle, S.46; Less, Wesen und Wert des Richterrechts, S.63; Redeker, NJW 72, 409(412)
4) Esser, Festschr. für von Hippel, S.95 (115)
5) BGHZ 19.6.1962

Das höchstinstanzliche Gericht, als "Vater" des Gewohnheitsrechts, kann dieses niemals durch eine entgegengesetzte Entscheidung beseitigen.[1] Ein Umstand, der vor allem in Anbetracht der Tatsache, daß der Richter mangels Hilfsmittel und ausreichender Informationen[2] oftmals nicht die gleiche ausgewogene Lösung des Problems herbeiführen kann, wie der parlamentarische Gesetzgeber, gravierend ist. Die daraus resultierende Notwendigkeit der Verbesserung kann dann nicht mehr realisiert werden. Es kommt zu einer gefährlichen Zementierung einer einmal erklärten richterlichen Entscheidung. So gesehen wird die richterliche Rechtsfortbildung zu dem, was sie nach Sinn und Zweck nicht sein will und was sie auch nicht sein darf: einem antidynamischen Faktor.[3]

Aus diesen Gründen ist die Ansicht abzulehnen, das Richterrecht erstarke zum Gewohnheitsrecht und erhalte nur auf diesem Weg seinen Rechtsquellencharakter.

2. Das Richterrecht als Teil des Gesetzesrechts

Auch die Meinung Essers muß sich den Vorwurf gefallen lassen, zum Teil eine Problemverschleierung zu betreiben. Denn sie befriedigt allein dann, wenn man das Richterrecht auf die Auslegung, die Konkretisierung von Generalklauseln und das Ausfüllen von Blankettnormen begrenzt[4], wenn man das Richterrecht also auf die Rechtsfortbildung intra legem einengt.
Nur in diesem Fall kann man die gefundenen Rechtsgrundsätze auf das Gesetz zurückführen und dieser Rechtsquelle zuordnen, nur in diesem Fall bildet das positive Recht noch die Grundlage. Aus eben dieser Überlegung heraus, wird diese Rechtsfortbildung im Rahmen der Arbeit noch gar nicht dem Richterrecht zugerechnet. Gerade aber bei den

---

1) Bürck, AcP 171, 328 (345); Esser, Festschr. für von Hippel, S.95 (122/23)
2) Siehe § 1 V der Arbeit
3) Scholz, DB 72, 1771 (1778)
4) Siehe bei § 1 I 1 der Arbeit die Auffassung von Ramm

Rechtsfortbildungen praeter, extra und contra legem muß die Auffassung Essers versagen. In diesem Bereich selbständiger Rechtsfindung bildet das positive Recht nicht mehr die Grundlage, sondern nur eine Schranke.[1] Die auf diesem Wege gewonnenen Erkenntnisse ebenfalls noch auf eine gesetzliche Regelung zurückzuführen, hieße die Grundlage bei weitem überzustrapazieren[2] und würde daher - in Essers Terminologie - zu einer unzulässigen geflissentlichen Kantenverschmierung führen.

Somit ist auch die Auffassung, das Richterrecht als einen Teil des Gesetzesrechts anzusehen, abzulehnen.

3. Das Richterrecht als selbständige Rechtsquelle

Wendet man die präskriptive Verfahrensweise an und verneint die normative Kraft des Faktischen, so hängt die Lösung des Problems, ob das Richterrecht eigenständige Rechtsquelle ist, in der Tat davon ab, inwieweit ihm eine Bindungswirkung und Befolgungspflicht zukommt.

Die von Kruse unter diesem Aspekt vorgenommene Gleichsetzung des Richterrechts mit Verordnungen, autonomen Satzungen und vorkonstitutionellem Recht[3] und seine Folgerung, daß für die Gerichte bei beiden Gruppen die Befolgungspflicht gleich stark - oder besser gleich schwach - sei, macht deutlich, daß nicht allen Erscheinungsformen der Rechtsquelle Gesetz die gleiche Bindungskraft zukommt.
Die Vorlagepflicht des Art. 100 GG gilt für die Gerichte nur bei formellen, nachkonstitutionellen Gesetzen; in allen anderen Fällen aber haben sie neben dem Prüfungsrecht auch die Verwerfungspflicht, wenn eine Regelung grundgesetzwidrig ist. Insofern ergibt sich schon eine

---

1) Germann, ZSR NF 68, 297 (322);
Canaris, Systemdenken, S.69
2) Frey, AuR 55, 257 (258) führt dazu aus, daß man in Wirklichkeit viel seltener auf Generalklauseln "reitet", als man meint oder behauptet.
3) Siehe § 2 III 2 der Arbeit

Gemeinsamkeit mit den durch richterliche Rechtsfortbildung gefundenen Grundsätzen, die natürlich bei einem Verstoß gegen die Verfassung ebenfalls verworfen werden müssen.[1)]

Eine weitere Lockerung der strikten Befolgungspflicht ergibt sich aus der Rechtsfortbildung contra legem. Erkennt man an, daß diese Möglichkeit dann zulässig ist, wenn das Gesetz infolge Zeitablaufs obsolet geworden ist, wenn es untauglich zur Herbeiführung eines bestimmten Zwecks ist, und wenn es nach der heutigen Bewertung gegen ein rechtsethisches Prinzip verstößt[2)] - kurz, wenn es den heutigen Gegebenheiten nicht mehr Rechnung tragen kann, so ergibt sich, daß auch die Bindung an das Gesetz nicht absolut ist. Das Gesetz kann eben nicht als endgültige Gestaltung des Rechts betrachtet werden.[3)]

Überprüft man nun das Richterrecht auf eine etwaige Bindungswirkung, so zeigt sich, daß sich die Bundesgerichte diese selbst auferlegt haben. In ständiger Rechtsprechung[4)] ist der Grundsatz entwickelt worden, daß ein oberstes Gericht von seiner bisherigen Rechtsprechung nicht abweichen soll, wenn sowohl für die eine, wie für eine andere Ansicht gute Gründe sprechen. Danach bedarf es also schon schwerwiegender Argumente, damit eine Praxisänderung bei der höchstrichterlichen Rechtsprechung herbeigeführt werden kann.

Untersucht man die Rechtsprechung daraufhin, wann solche Argumente vorliegen, so wird man zu dem Resultat gelangen, daß sie in etwa mit den Voraussetzungen für ein contra legem Judizieren übereinstimmen.[5)] Die Bundesgerichte weichen also aus Gründen der Rechtseinheit und Rechtssicherheit nicht leichtfertig von ihrer Rechtsprechung ab, sondern in der Regel nur dann, wenn sie auch von einem Gesetz abweichen würden.

---

1) Schneider, MDR 71, 705 (708)
2) Siehe § 1 IV 1 der Arbeit
3) Less, Wesen und Wert des Richterrechts, S.62
4) Siehe z.B. BAG 15.2.1962; BAG 17.10.1963
5) Schneider, MDR 71, 705 (707ff)

Im Ergebnis läßt sich somit festhalten, daß es zu einer starken Annäherung zwischen Gesetz und Richterrecht gekommen ist. Die Bindungswirkung ist beim Gesetz erheblich reduziert[1], während von jeglichem Mangel einer Bindung beim Richterrecht nicht gesprochen werden kann.
Diesem Ergebnis könnte entgegengehalten werden, daß die auferlegte Bindung hinsichtlich des Richterrechts nur für oberste Bundesgerichte gilt, die die Grundsätze auch aufgestellt haben, nicht jedoch auch für die Untergerichte.
Einem Landesarbeitsgericht könnte es daher z.B. durchaus möglich sein, auch ohne Vorliegen schwerwiegender Gründe von einem Präjudiz, das vom Bundesarbeitsgericht aufgestellt wurde, abzuweichen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß gegen ein solches Urteil eines LAG gemäß § 72 I S.2 ArbGG die Divergenzrevision zulässig ist und es somit letztendlich zur Anwendung des oben erwähnten Grundsatzes kommt.
Die Folgen für den Rechtsuchenden sind also die gleichen, wie in den Fällen, in denen ein Untergericht z.B. durch falsche Auslegung ein Gesetz nicht befolgt und das Revisionsurteil dem Gesetz dann wieder die volle Geltung verschafft. Für ihn macht es demnach keinen Unterschied aus, ob ein Untergericht eine Regelung befolgen muß oder nicht. Wenn sie mißachtet wird, hat er immer die Möglichkeit einer Revision, gleichgültig, ob es sich dabei um ein Gesetz oder ein höchstrichterliches Präjudiz handelt.

Diese Ausführungen zeigen, daß das Richterrecht weit mehr ist, als eine Rechtserkenntnisquelle. Es ist

---

1) Eine Ausnahme bilden wegen Art.100 GG die formellen, nachkonstitutionellen Gesetze.

kein bloßes Hilfsmittel zur Erkennung von dem, was Recht ist, sondern es ist Richtlinie für das Handeln - und daher Rechtsquelle. Mag auch die Bindungswirkung nicht genau die gleiche sein wie beim Gesetz; die noch bestehenden Unterschiede rechtfertigen nicht eine grundlegende Andersbehandlung dieses wichtigen Teils unserer Rechtsordnung.

§ 3 Das Richterrecht im Arbeitsrecht

Nach diesen allgemeinen Erörterungen über das Richterrecht, sollen nun im weiteren Verlauf die spezifisch arbeitsrechtlichen Aspekte erörtert werden.

I. Die besondere Bedeutung des Richterrechts für das Arbeitsrecht

In keinem anderen Rechtsgebiet ist die Bedeutung des Richterrechts so groß wie im Arbeitsrecht. Hier spielt das Richterrecht sogar die dominierende Rolle, "der Richter ist der eigentliche Herr des Arbeitsrechts".[1] Es wird geschätzt, daß im materiellen Arbeitsrecht gute 80% des Bestandes auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhen.[2]

1. Gründe für die besondere Bedeutung im Arbeitsrecht

Zu den allgemeinen Gründen für diese Bedeutung[3] treten noch spezifisch arbeitsrechtliche Kriterien. Gamillscheg[4] nennt im wesentlichen drei Gründe. Zunächst bestand der Glaube des Gesetzgebers an die rechtliche Gleichordnung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer und,daraus resultierend, ließ man der Vertragsfreiheit größten Raum (s.§ 105 GewO). Es folgt dann die Neigung auf Generalklauseln auszuweichen und nicht zuletzt hat dann auch die Prüfung arbeitsrechtlicher Normen am Maßstab der Grundrechte das Feld richterlicher Rechtsschöpfung bedeutend erweitert.[5]
Zu diesen Ursachen tritt noch eine weitere, ebenfalls sehr gravierende. Neben die Flucht in die General-

---

1) Gamillscheg, AcP 164, 385 (388)
2) Frey, AuR 55, 257 (258)
3) Siehe § 1 II 1 der Arbeit
4) Gamillscheg, Differenzierung, S.18
5) Zur Bedeutung der Grundrechte ebenso: Zöllner, DB 70, 54 (55)

klauseln tritt gerade im Arbeitsrecht die Abstinenz des Gesetzgebers.[1)]

In diesem Rechtsgebiet wäre der Richter manchmal froh, wenn ihm für seine Entscheidung eine Generalklausel zur Verfügung stehen würde und ihm damit ein - wenn auch weit gesteckter - Rahmen für die Lösung eines Problems überlassen würde. Aber in vielen Fällen unternimmt der Gesetzgeber nicht einmal diesen Versuch - er schweigt einfach. Zu Recht wird diese Untätigkeit auf dem sozialpolitisch so stark akzentuierten Bereich des Arbeitsrechts kritisiert.[2)]

Nicht zuzustimmen ist aber in diesem Zusammenhang der Ansicht Herschels[3)], der ausführt, daß diese Passivität des Gesetzgebers in den meisten Fällen erzwungen sei; und zwar teils durch die Ungeklärtheit der Problematik oder die zu erwartende, aber noch nicht in ihrer Tendenz genügend erkennbare Fortentwicklung der soziologischen Verhältnisse, teils aufgrund politischer Bedingtheit. Es besteht dann nämlich eine Diskrepanz zwischen dieser Ansicht und dem Hinweis auf die mangelnde Informationsmöglichkeit des Richters. Denn wer sonst als der Gesetzgeber könnte eine ausgewogene Lösung ungeklärter und sozialpolitisch brisanter Probleme herbeiführen? Kommt er dieser Aufgabe im Rahmen des Möglichen nicht nach, so muß der Vorwurf erhoben werden, daß es sich teilweise nicht um eine erzwungene, sondern vielmehr selbst auferlegte Passivität handelt. Vom Richter wird als Folge des Rechtsverweigerungsverbots die Klärung neu auftauchender Rechtsfragen verlangt. Dabei ist es Aufgabe des Gesetzgebers, ihm Hilfestellung zu leisten und nicht umgekehrt. Es ist aber erstaunlich, mit welcher Ruhe und Gelassenheit oftmals die Ergebnisse der BAG-Rechtsprechung zu einem bestimmten, nicht kodifizierten Themenkomplex abgewartet wird, um sie sodann - manchmal in etwas abgewandelter Form - zu gegebener Zeit in Gesetzesform zu übernehmen.[4)]

---

1) Mayer-Maly, DB 70, 444 (447); Söllner, Akademie der Arbeit NF 25, 5 (6)
2) Fischer, Weiterbildung des Rechts, S.23
3) Herschel, DB 73, 919
4) Fischer, a.a.O., S.23

Als Beleg dafür dient aus letzter Zeit der Gesetzentwurf zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung. Hier wird prinzipiell die arbeitsrechtliche Regelung des Verfalls von Anwartschaften aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts[1] übernommen, obwohl zunächst eine steuerrechtliche Lösung des Problems der Unverfallbarkeit des Anspruchs auf betriebliches Ruhegeld angestrebt wurde. Ausgespart werden aber ausdrücklich[2] die Probleme, die vom BAG nicht abschließend entschieden wurden (dauernde Anpassung der Betriebsrente an die wirtschaftliche Entwicklung) oder nicht entschieden werden konnten (Insolvenzsicherung). Das erste Problem wird den Tarifparteien und deren vertraglicher Ausgestaltung überantwortet, die Lösung des zweiten von der Erstellung weiterer Gutachten abhängig gemacht, zumal Insolvenzen derzeit (!) kein Massenproblem in der Bundesrepublik seien.[3]
Ähnliches gilt für das - inzwischen allerdings gescheiterte - 2. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, in dem größtenteils die Rechtsprechung des BAG zum Wettbewerbsverbot übernommen werden sollte.
Hier wird also der Grundsatz umgekehrt, daß der Gesetzgeber dem Richter Hilfsmittel bei der Entscheidung zu geben hat; hier gibt der Richter dem Gesetzgeber Hilfestellung. Es soll an dieser Stelle nicht der Kodifikationsidee das Wort geredet werden. Denn auch ein Arbeitsgesetzbuch[4] wird die richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht nur einschränken, nicht aber beseitigen können[5], weil eben nicht alle Fragen abschließend beantwortet werden können. Das Arbeitsgesetzbuch wird aber bestimmt dazu beitragen, den jetzt im Arbeitsrecht herrschenden Zustand zu beseitigen.

---

1) BAG 10.3.1972
2) Fenge, BetrAV 73, 117 (124)
3) Fenge, a.a.O., S.124
4) Der Beschluß dazu wurde vom Deutschen Bundestag am 2.12.1959(!) gefaßt.
5) Gamillscheg, AcP 164, 385 (427); Preis, ZfA 72, S.271 (272); Mayer-Maly, RdA 70, 289 (295)

Das Richterrecht wird auch weiterhin unser Schicksal bleiben[1], daß es aber nicht - entgegen der von der Verfassung gebotenen Arbeitsteilung - dominierend ist, ist allein Aufgabe des Gesetzgebers. Dieser Verantwortung kann er sich nicht mit dem Argument der aufgezwungenen Passivität entziehen und so diese Verantwortung auf die Rechtsprechung abwälzen. Er ist vielmehr aufgefordert, so schnell wie möglich notwendige Regeln aufzustellen und diese Last nicht dem Richter aufzubürden.[2] Fenge ist zuzustimmen, wenn er ausführt, daß die Tugend des Gesetzgebers darin bestünde, den richtigen Zeitpunkt für die Schaffung neuen positiven Rechts zu finden, und er sich dabei weder vom Ungestüm dringender Forderungen, noch von der Beharrlichkeit der am Alten haftenden Gewohnheit beirren lassen solle.[3] Es ist ferner auch richtig, daß die Autorität des Gesetzgebers ebenso leidet, wenn ein kaum in Kraft getretenes Gesetz wieder geändert wird, wie wenn ein unabweisbares Bedürfnis in den geltenden Gesetzen keinen Niederschlag findet. Doch sollte der Gesetzgeber - besonders im Arbeitsrecht - nicht allzu oft den Zeitpunkt der Reife für eine Kodifikation verstreichen lassen und die Regelung erst dann treffen, wenn die Zeit dafür überreif ist.

Aus all diesen Gründen - insbesondere der Enthaltsamkeit des parlamentarischen Gesetzgebers - ist das Bundesarbeitsgericht zum Ersatzgesetzgeber im gesamten Arbeitsrecht geworden.[4] Auf diesem Rechtsgebiet gehört das Richterrecht bereits zur Tradition,[5] so daß heute die Fälle, in denen das Bundesarbeitsgericht das Recht durch Schaffung neuer Rechtsinstitute, Regeln und Regelungssysteme fortgebildet hat, kaum noch überschaubar sind.[6]

---

1) Gamillscheg, AcP 164, 385 (445)
2) Hilger, Festschr. für Larenz, S.109
3) Fenge, a.a.O., S.118
4) Rüthers, AuR 67, 129; Preis, ZfA 72, 271 (272)
5) So Herschel, DB 73, 919 unter Hinweis auf RGZ 6.2.1923
6) Galperin, Rechtsfortbildung, S. 17 mit subjektiv ausgewählten Beispielen

Trotz dieser Fülle an Rechtsschöpfungen zeichnet sich aber nicht immer eine klare Linie ab. Denn während das BAG einerseits mit großen, kühnen Schritten rechtliches Neuland erobert, legt es sich andererseits unter Hinweis auf die Aufgabe des Gesetzgebers größte Zurückhaltung auf.[1] Daß diese Diskrepanz auch innerhalb der Rechtsprechung des gleichen Senats auf dem gleichen Rechtsgebiet auftritt, wird der weitere Verlauf der Arbeit zeigen.

Gleichwohl demonstrieren aber die Aussagen des Bundesarbeitsgerichts zur eigenen Rechtsschöpfung "das fortschreitende Selbstbewußtsein einer richterlichen Instanz, die in der Gestaltung und Organisation unserer Arbeitsverfassung die dominierende Rolle übernommen"[2] und somit zur Überwindung stagnierender, ordnungsdefizitärer und wirklichkeitsfremder Rechtsverhältnisse entscheidend beigetragen hat.[3]

Zu vermerken ist an dieser Stelle noch, daß auch das Bundesarbeitsgericht - nach anfänglicher Weigerung[4] - das Recht für sich in Anspruch nimmt, auch contra legem zu entscheiden[5], und zwar unter den bereits genannten Voraussetzungen.

Was die aufgrund der richterlichen Rechtsfortbildung vom Bundesarbeitsgericht gewonnenen Resultate anbelangt, so ist festzustellen, daß sie generell ihre Tauglichkeitsprobe bestanden haben.[6] Zwar rufen auch sie häufig die unterschiedlichsten Reaktionen der Sozialpartner hervor, was aber gleichermaßen der Fall ist, wenn die gesetzliche Lösung eines Problems getroffen wird[7], und wie dies immer der Fall sein wird, wenn bei entgegenstehenden Interessen eine Kompromißentscheidung

---

1) Siehe z.B. BAG 10.3.1972 einerseits und
BAG 24.5.1957 andererseits
2) Scholz, DB 72,1771
3) Galperin, Rechtsfortbildung, S.17; Scholz, a.a.O.
4) BAG 27.1.1955
5) BAG 16.3.1962
6) Scholz, DB 72, 1771 (1772)
7) Galperin, Rechtsfortbildung, S.16

getroffen werden muß.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß das Arbeitsrecht das Rechtsgebiet ist, in dem das Richterrecht die größte Bedeutung gewonnen hat. Diese eminente Bedeutung wird es erst dann verlieren, wenn der Gesetzgeber mehr als bisher sich bemüht, mit der sozialen Entwicklung Schritt zu halten.

2. Das Richterrecht als Rechtsquelle im Arbeitsrecht

Wegen der hervorragenden Bedeutung des Richterrechts für das Arbeitsrecht, stellt sich auf diesem Rechtsgebiet mehr als auf anderen Gebieten die Frage, inwieweit ihm ein Rechtsquellencharakter zuzuerkennen ist. Es kann hier im wesentlichen auf die Ausführungen bei § 2 der Arbeit verwiesen werden, wobei allerdings hinzuzufügen ist, daß gerade im Arbeitsrecht die Autoren stark vertreten sind, die das Richterrecht als Rechtsquelle anerkennen.[1)] An dieser Stelle soll nur noch erörtert werden, wie das Bundesarbeitsgericht selbst dieses Problem sieht.
Soweit ersichtlich, hat es nie ausdrücklich dazu Stellung genommen, obwohl es schon früh seinen Urteilssprüchen - über die schlichte Rechtserkenntnis hinaus - die Qualität der dezisionär gestaltenden Willensentscheidung zuwies.[2)] Interessant sind aber in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Großen Senats im Urteil vom 21.4.1971.
Der Senat spricht hier vom gesetzesvertretenden Richterrecht, wobei die Vertretung nicht im Sinne einer Delegation, sondern im Sinne einer provisorischen Regelung,

1) Neben den bereits bei § 2 III der Arbeit genannten Autoren siehe auch:
Kayser, Quellen des Arbeitsrechts, S.19
und zwar gerade auch für die hier vertretene Definition des Richterrechts
Boldt, Quellen des Arbeitsrechts, S.62;
Preis, ZfA 72, 271 (272)
2) Siehe z.B. BAG 12.10.1955 (1)
BAG 12.10.1955 (2)

einer Aushilfe, zu verstehen ist, die das Gesetz so lange vertritt, bis das Parlament eine Regelung beschlossen hat. Es wird dann weiter ausgeführt, daß der Unterschied zwischen diesem Richterrecht und dem Gesetzesrecht lediglich darin bestünde, daß das Richterrecht nur anhand des an die Gerichte herangetragenen Falls entwickelt und geändert werden könne und der Richter nicht, wie der Gesetzgeber, frei sei, eine Änderung sofort bei auftretender Notwendigkeit und zu einem von ihm zu bestimmenden Zeitpunkt vorzunehmen.
Zu Recht bemerkt Scholz[1], daß damit Gesetzes- und Richterrecht qualitativ gleichgestellt werden. Sie unterscheiden sich nach Ansicht des Großen Senats eben nur noch rein äußerlich. Das Richterrecht besitzt im Verhältnis zum Gesetzesrecht die geringere Flexibilität oder - wie Scholz ausführt[2] - es wird nur noch nach "instantieller und zeitlicher Regelungsfreiheit" unterschieden. Ansonsten besitzt das Richterrecht den gleichen Rang wie das Gesetz - es ist nach Auffassung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts eine Rechtsquelle.

II. Das tarifdispositive Richterrecht

Zu einer Abhandlung über die richterliche Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht gehört das Eingehen auf das Verhältnis von Richterrecht und Tarifrecht, also einem speziell arbeitsrechtlichen Problemkreis.

Wie das Richterrecht, so ist auch der Tarifvertrag eine bedeutende Rechtsquelle des Arbeitsrechts. Die Diskussion über das Rangverhältnis dieser beiden Rechtsquellen wird unter dem Schlagwort vom "tarifdispositiven Richterrecht"[3] geführt.

---

1) Scholz, DB 72, 1771 (1772)

2) Scholz, a.a.O.

3) Dieser Begriff wurde geprägt von Biedenkopf in Anm. zu BAG 31.3.1966

1. Die idealtypischen Lösungsmöglichkeiten des Konkurrenzverhältnisses von Richterrecht und Tarifvertrag

Idealtypisch bieten sich drei Alternativen an.[1)]

a) Das Ausschließlichkeitsprinzip

Daraus würde resultieren, daß die getroffene richterliche Regelung unabdingbar in dem Sinne ist, daß in Tarifverträgen überhaupt nicht von ihr abgewichen werden darf.

b) Das Günstigkeitsprinzip

Das würde bedeuten, daß eine Regelung, die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung getroffen wird, nur Mindestbedingungen enthält, von denen Tarifverträge zugunsten der Arbeitnehmer abweichen dürfen.

c) Das Subsidiaritätsprinzip oder das Prinzip des tariflichen Vorrangs

Die Konsequenz daraus wäre, daß die richterlichen Regelungen subsidär sind, d.h., daß sie zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehen.
Ferner ist auch innerhalb einer Regelung die Verquickung mehrerer Prinzipien denkbar.

2. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Bei der Untersuchung der BAG-Rechtsprechung unter diesem Aspekt, sollen zunächst die Urteile zum Wettbewerbsverbot ausgespart werden, da diese im weiteren Verlauf der Arbeit besonders besprochen werden.

a) Die Rechtsprechung zu den Gratifikationsrückzahlungsklauseln

In der Entscheidung vom 31.3.1966 hat das Bundesarbeitsgericht einen ersten Versuch unternommen,

---

1) Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S.158

das Prinzip des tariflichen Vorrangs hinsichtlich der von ihm gefundenen Regelung über die Rückzahlung von Gratifikationen[1] zu begründen. Es führt aus, daß ein Schutzbedürfnis des einzelnen Arbeitnehmers, das gemeinhin aus der wirtschaftlichen Überlegenheit des Arbeitgebers resultiere, dann nicht mehr gegeben sei, wenn die Bedingungen eines Arbeitsvertrages tarifvertraglich vereinbart würden. Denn in diesem Fall ständen sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichberechtigt gegenüber.

Es wird weiter ausgeführt, daß ein Eingriff in die Tarifautonomie in jedem Fall verhindert werden müsse. Er sei nur dann gerechtfertigt, wenn die tarifliche Regelung einen klaren Verstoß gegen die richterliche Regelung beinhalte.
In einer weiteren Entscheidung[2] wird in Anschluß an Biedenkopf[3] dargelegt, daß es - als Folge der Tarifautonomie - nicht entscheidend darauf ankomme, ob sich die tarifliche eng an die richterliche Regelung anlehne oder nicht. Den Tarifpartnern müsse auch eine erhebliche Abweichung zugestanden werden. Eine solche Abweichung finde erst dort ihre Grenze, wo die Regelung gegen zwingendes Gesetzesrecht, insbesondere gegen das Grundgesetz oder die guten Sitten verstößt. Diese Ansicht erfährt dann im Verlauf der Zeit weitere Bestätigung.[4]

b) Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge

Diese Auffassung vom Vorrang des Tarifvertrages dehnt das Bundesarbeitsgericht dann auch auf das Rechtsgebiet des befristeten Arbeitsvertrages aus.
Im Urteil vom 4.12.1969 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß hier die Rechtslage in etwa derjenigen

---

1) BAG 10.5.1962
2) BAG 23.2.1967
3) Anm. zu BAG 31.3.1966
4) BAG 16.11.1967
   BAG 9.10.1969

entspreche, wie sie bei den Gratifikationsrückzahlungsklauseln vorliege. Es wird Bezug genommen auf die größere Sachnähe der Gewerkschaften, die die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen einer Befristung besser beurteilen können als das Gericht, das eine Befristung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes für zulässig erachtet.[1] Eine tarifliche Regelung bietet daher eine materielle Richtigkeitsgewähr.
In einer Bestätigung dieses Urteils[2] wird betont, daß ein Tarifvertrag die Konkretisierung der vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Rechtsgrundsätze enthielte (im vorliegenden Fall die Konkretisierung des Begriffs "sachlicher Grund"). Diese Konkretisierung sei der Kontrolle des BAG entzogen, es sei denn, es handle sich um einen Verstoß gegen die Verfassung, zwingendes Gesetzesrecht oder die guten Sitten.

Zusammenfassend läßt sich die BAG-Rechtsprechung also dahingehend verstehen, daß grundsätzlich der tariflichen Norm der Vorrang gegenüber der richterlichen Norm gebührt (Subsidiaritätsprinzip). Dieser tarifliche Vorrang findet nur dort seine Grenze, wo gegen die Verfassung, zwingendes Gesetzesrecht, die guten Sitten oder die tragenden Grundsätze des jeweiligen Rechtsgebiets verstoßen wird. Zur Begründung seiner Auffassung vom Grundsatz der Tarifdispositivität richterlicher Normen führt das Bundesarbeitsgericht an[3]:

- Die Tarifvertragsparteien sind selbst dazu berufen, eine entsprechende Ordnung des Arbeitslebens zu schaffen.
- Tarifverträge sind nur beschränkt nachprüfbar.
- Tarifverträgen ist eine Richtigkeitsgewähr immanent.
- Gegenüber tarifvertraglichen Vereinbarungen entfällt ein Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers.

---

1) BAG 21.10.1954
2) BAG 30.9.1971
3) Siehe die Zusammenstellung bei Lieb, RdA 72, 129 (131)

3. Die Ansichten in der Literatur zum Problem des tarifdispositiven Richterrechts

Auch in der Literatur, in der überwiegend der BAG-Rechtsprechung gefolgt wird, tauchen diese vier Argumente auf.

a) Die verfassungsrechtliche Begründung der Tarifdispositivität

Ausgangspunkt für eine verfassungsrechtliche Lösung des Problems, ist die vom Bundesverfassungsgericht wiederholt ausgesprochene These, Art. 9 III GG gewährleiste die Tarifautonomie und damit den Kernbereich eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems zur kollektiven Gestaltung der Arbeitsbedingungen.[1)]

Darauf aufbauend haben Biedenkopf[2)] und ihm folgend Säcker[3)] unter Berufung auf die Kernbereichstheorie den Versuch unternommen, den Vorrang des Tarifrechts vor dem staatlichen Arbeitsschutzrecht zu begründen.[4)]
Diese Autoren äußern die Befürchtung, durch eine ständige Zunahme staatlicher Schutzrechtssätze verringere sich der durch Art. 9 III GG garantierte Regelungsspielraum kontinuierlich, weil zur tariflichen Verbesserung dieser staatlich gewährten Schutzrechtsposition kaum noch Raum bleibe. Der Staat okkupiere durch die Aufstellung derartiger Schutznormen weite Teile der verfassungsrechtlich gewährleisteten tariflichen Normsetzung, so daß die Koalition auf lange Sicht überflüssig werden müsse.

Biedenkopf und Säcker kommen zu dem Ergebnis, daß im Kernbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

---

1) BVerfG 18.11.1954; BVerfG 6.5.1964; BVerfG 30.11.1965; BVerfG 19.10.1966
2) Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S.122ff
3) Säcker, Grundprobleme der Koalitionsfreiheit, S.45ff
4) Ähnlich bereits: Galperin, Festschr.für Molitor, S.143 (156); Wlotzke, RdA 63, 44 (49)

die Zuständigkeit des staatlichen Gesetzgebers verfassungsrechtlich in dem Sinne beschränkt sei, daß die Tarifnorm der gesetzlichen bzw. richterlichen Norm vorgehen müsse, daß also in diesem Bereich die Normsetzungsprärogative bei den Tarifvertragsparteien liege.[1] In diesem Kernbereich gelte demnach nicht die hierarchische Rangordnung der Normen von Gesetz, Rechtsverordnung und Tarifvertrag[2], sondern es spricht eine Vermutung zugunsten des Vorranges der tarifvertraglichen Regelung.[3] Die Schwierigkeit, die in diesem Zusammenhang auftaucht, ist die Frage nach der Definition und der Abgrenzung des Kernbereichs.

Äußerst weit fassen ihn Biedenkopf und Wolf. Nach ihrer Auffassung werden die Schranken der Tarifautonomie nur durch die Grundrechte und die Minimalbestimmungen zur Sicherung eines menschenwürdigen Daseins gezogen. Darüber hinaus sind die Tarifparteien nur noch an das, insbesondere zur Sicherung der Interessen der Allgemeinheit erlassene, zwingende Gesetz gebunden. Zwingend in diesem Sinne sind aber nicht die bloßen Schutzgesetze und die Schutzrechtssätze der Rechtsprechung.[4]
Die Folge dieses umfassenden Kernbegriffs ist, daß der Vorbehalt des Gesetzgebers so eng gefaßt ist, daß praktisch die gesamten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen vorrangig den Tarifvertragsparteien überantwortet wären.[5]

Zu Recht führen Zöllner/Seiter[6] aus, daß es wegen der Komplexität der Tarifautonomie auf erhebliche

1) Ebenso Wolf, ZfA 71, 151 (159); Herschel, RdA 73, S.147 (151)
2) Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S.187
3) Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S.167
4) Wolf, ZfA 71, 151 (159) unter Hinweis auf Biedenkopf, a.a.O., S.158ff; Galperin, Festschr. für Molitor, S.143 (158); Küchenhoff, RdA 59, 201 (205)
5) Lieb, RdA 72, 129 (132)
6) Zöllner/Seiter ZfA 70, 97 (146)

Schwierigkeiten stößt, den Kernbereich dieser Tarifautonomie durch eine abstrakte Formel zu umreißen.

Diese Autoren untersuchen sodann die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dem Begriff des Kernbereichs der Tarifautonomie und kommen zu dem Ergebnis, daß die Reichweite des Kernbereichs vom BVerfG funktional, d.h. aus der Funktion der Tarifautonomie bestimmt wird.[1] Der Kernbereich wird dann nicht als verletzt angesehen, wenn das Tarifvertragssystem in der Lage ist, die im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens sinnvoll zu erfüllen.[2] Besonders deutlich wird diese Abgrenzung bei Säcker[3], der eine Parallele zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Frage der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden aufzeigt. Danach müsse den Tarifvertragsparteien (nur) so viel an substantieller Regelungs- und Mitwirkungsbefugnis im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen belassen werden, daß ihnen noch eine effektive Einflußnahme möglich sei. Der Gesetzgeber (und auch der Richter) sei durch die Kernbereichsgarantie lediglich gehalten, die Kollektivautonomie in den den Koalitionen durch Art. 9 III GG zur Gestaltung zugewiesenen Bereichen grundsätzlich zu respektieren, sie nicht "in toto"[4] aufzuheben und sie nicht derart einzuschränken, daß sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Scheindasein führt.[5]

---

1) Zöllner/Seiter, a.a.O., S.147
2) Zustimmend Canaris, Gedächtnisschr. für Dietz, S.199 (208)
3) Säcker, Grundprobleme der Koalitionsfreiheit, S.91ff
4) BVerwG 22.11.1957; Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Art. 28 Anm. 13ff
5) Säcker, a.a.O., S.92 mit Zustimmung von Lieb, RdA 72, 129 (132)

Bei Zugrundelegung dieses Kernbereichsbegriffs ergibt sich, daß die anfangs erwähnten Urteile des Bundesarbeitsgerichts[1] auch dann verfassungskonform wären, wenn das BAG seinen Rechtsfortbildungen nicht das Prädikat "tarifdispositiv" verliehen hätte. Denn es kann keine Rede davon sein, daß der Kern der Tarifautonomie verletzt wäre, d.h., daß die Tarifpartner keine Möglichkeit mehr zu einer effektiven Gestaltung des Arbeits- und Wirtschaftslebens hätten, wenn das BAG etwa seiner Rechtsprechung zur Gratifikationsrückzahlungsklausel oder zum befristeten Arbeitsvertrag absolut zwingenden Charakter beigelegt hätte.[2]
Die Tarifdispositivität ist somit in den vorliegenden Fällen nicht mit dem verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Tarifautonomie zu begründen, denn der geschützte Kernbereich des Art. 9 III GG wäre auch durch zwingendes Richterrecht nicht tangiert gewesen.

b) Die Begründung der Tarifdispositivität aus dem Prinzip der Tarifautonomie

" Wenngleich sich somit der Verfassung keine Norm entnehmen läßt, die die Entwicklung von Tarifvorbehalten im Wege der Rechtsfortbildung gebietet, so bedeutet das jedoch nicht, daß die Tarifautonomie und ihre verfassungsrechtliche Verankerung für die Lösung des Problems völlig bedeutungslos wäre. Vielmehr hat die Tarifautonomie auch dort, wo sie nicht durch bestimmte Normen geschützt ist, immerhin den Rang eines Prinzips, das zu den wichtigsten Grundlagen des kollektiven Arbeitsrechts gehört."[3]
Und in der Tat werden unter diesem Aspekt in der Literatur zwei Lösungsmöglichkeiten angeboten, die nur scheinbar unterschiedlich sind[4], sich in Wirklichkeit aber

---

1) Siehe § 3 II 1 der Arbeit
2) Canaris, Gedächtnisschr.für Dietz, S.199 (209); Lieb, RdA 72, 129 (133)
3) Canaris, Gedächtnisschr. für Dietz, S.210
4) a.A. Canaris, Gedächtnisschr. für Dietz, S.212

- wie die Untersuchung zeigen wird - nur in der Terminologie unterscheiden und daher auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen sind.

aa) Der große Ermessensspielraum der Tarifvertragsparteien

Gamillscheg[1] geht als Folge des Prinzips der Tarifautonomie davon aus, daß die richterliche Überprüfungskompetenz für Tarifverträge beschränkt sei. Zwar hätten die Gerichte nach wie vor das Recht und die Pflicht, Tarifverträge auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz und sonstigen höherrangigen Normen zu überprüfen. Nach Gamillscheg besitzen die Tarifparteien aber eine gewisse Bandbreite des Ermessens, innerhalb derer sie der Kontrolle durch das Gesetz entzogen seien.[2] Nur bei einem Ermessensmißbrauch - wenn die Abweichung von der richterlichen Regelung einen "klaren Vorstoß" bedeutet - greift die gerichtliche Zensur ein.
Die Bandbreite des Ermessens geht aus dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23.2.1967 hervor[3], in dem in Anschluß an Biedenkopf[4] betont wird, daß das Gericht auch eine nicht unwesentliche Abweichung zu respektieren habe.

bb) Die Aufteilung der Schutznorm in einen Kern und die rechtstechnische Einkleidung

Auf einer ähnlichen Linie liegt auch der Lösungsvorschlag von Canaris[5], der zwischen dem tarifzwingenden Grundgedanken einer Schutznorm und der tarifdispositiven rechtstechnischen Einkleidung unterscheidet.

---

1) Gamillscheg, RdA 68, 407
2) Gamillscheg, RdA 68, 407 (409); zustimmend Wiedemann, RdA 69, 321 (324); Richardi, Gedächtnisschr. für Dietz, S.269 (297); siehe auch Coester, DB 72, 239 (240) unter Hinweis auf BAG 21.4.1971
3) Mit zustimmender Anm. von Alfred Hueck
4) Anm. zu BAG 31.3.1966
5) Canaris, Gedächtnisschr. für Dietz, S.217ff

Er entnimmt diese Lösung u.a. einer Reihe von Gesetzen[1] und führt aus, daß durch diese Aufteilung einerseits dem Grundsatz der Tarifautonomie Rechnung getragen werde und andererseits schutzwürdig anerkannte Positionen der Arbeitnehmerschaft (der Kern) nicht immer von neuem zum Gegenstand von Tarifverhandlungen gemacht werden.

c) Die Auffassung von der unantastbaren Dignität richterlicher Schutzvorschriften

Neben dieser herrschenden Auffassung, die - wenn auch mit abweichender Begründung - die Tarifdispositivität und damit die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bejaht, vertreten einige Autoren die Ansicht, daß die Tarifdispositivität mit der Rechtsordnung unvereinbar sei und daß dem Richterrecht daher immer zwingender Charakter zukommen müsse.[2]
Dieser Meinung liegt der Gedanke von der unantastbaren Dignität der richterlichen Schutzvorschriften zugrunde. Man geht davon aus, daß das Bundesarbeitsgericht im Rahmen der Rechtsfortbildung wichtige Rechtsgrundsätze bemüht, um die von ihm für dringend erachtete Einschränkung der Vertragsfreiheit und damit den Schutz des Arbeitnehmers zu rechtfertigen.[3] Das Gericht führe somit Begründungen an, an denen auch Tarifvertragsparteien nicht vorbeigehen könnten. Lassen sie diese Wertung gleichwohl außer acht, so führe das zu unerträglichen Wertungswidersprüchen. Denn warum, so wird gefragt, soll ein und dieselbe Klausel das eine Mal - bei Vereinbarung zwischen den Parteien des Einzelarbeitsvertrages - unwirksam, das andere Mal jedoch - als tarifliche Inhaltsnorm - wirksam sein?[4] Ein solches Ergebnis

1) § 13 I BUrlG; § 19 VIII JArbSchG; § 7 AZO; §§ 104 II, III, 140, 141 SeemannsG
2) Lieb, RdA 72, 129ff; Seiter, Anm. zu BAG 4.12.1969; Thiele, Festschr. für Larenz, S.1043ff
3) Lieb, a.a.O., S.135
4) Lieb, a.a.O., S.130; Thiele, Anm. zu BAG 3.2.1971; Seiter, Anm. zu BAG 4.12.1969

führe zu Wertungswidersprüchen, die sich keine Rechtsordnung leisten könne.
In dem Konkurrenzverhältnis zwischen dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung und dem Prinzip der Tarifautonomie[1] entscheiden diese Autoren somit zuungunsten der Tarifautonomie.

4. Eigene Stellungnahme zu dem Problem des tarifdispositiven Richterrechts

Abzulehnen ist zunächst die Ansicht von der unantastbaren Dignität richterlicher Normen, deren Folge die Überbetonung der Rechtseinheit zu Lasten der Tarifautonomie ist.
Ausgangspunkt der Erörterungen muß zunächst die Frage sein, warum das Gericht Regeln im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung aufstellt. Aus den Ausführungen zu § 1 der Arbeit ergibt sich, daß dies immer nur geschieht, um einen Notstand zu beseitigen, der die Folge einer mangelnden oder mangelhaften Gesetzesregelung ist.
Diesen Notstand vertraglich selbst zu beseitigen, ist der einzelne Arbeitnehmer oftmals nicht in der Lage, da es an der Gleichgewichtigkeit der Vertragspartner mangelt. Folglich bedarf er des Schutzes des Gerichts, den er dadurch erhält, daß dieser Notstand im Wege der Rechtsfortbildung beseitigt wird. Dieses Schutzes bedarf jedoch der gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer nicht, denn zwischen den Tarifvertragsparteien, die die Arbeitsbedingungen aushandeln, liegt keine gestörte Vertragsparität vor. Sie sind daher durchaus selbst in der Lage, eine Notstandssituation zu beseitigen.
Daß das Mittel zur Überwindung des Notstandes in beiden Fällen gleich sein muß, ist aber keine zwingende Konsequenz. Durch die größere Sachnähe sind die Tarifpartner sogar oftmals in der Lage, das Problem durch geeignetere

---

1) Herschel, DB 73, 919 (923)

Mittel, als das Gericht sie anbietet, einer Lösung zuzuführen und sei es dadurch, daß durch einen Vorteil auf anderem Gebiet ein Nachteil, vor dem die Rechtsprechung den Arbeitnehmer schützen will, ausgeglichen wird.[1] Denn zur Beseitigung eines Notstands - und ganz allgemein zur Lösung eines rechtlichen Problems - gibt es in der Regel mehr als eine richtige Entscheidung.[2]

Der einzelne Arbeitnehmer bedarf, mit anderen Worten, entweder nur des Schutzes durch das Richterrecht oder das Tarifrecht[3]; mit welchen Mitteln dieses Ziel erreicht wird, ist unerheblich, soweit der Schutz gewahrt ist. Den Arbeitnehmer allein dem Schutz des zwingenden Richterrechts zu unterstellen, hieße die Tarifautonomie grundlos einzuschränken. Es kann und darf aber nicht Aufgabe der Gerichte sein, die Gewerkschaften vor sich selbst zu schützen. Genau dies würde aber eintreten, wenn die Lösung eines Problems, die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung erfolgt ist, als das einzige Mittel gelten würde, um einen Notstand zu beseitigen. Damit würde den Tarifpartnern die Fähigkeit abgesprochen werden, interessengerechte Lösungen herbeiführen zu können.

Die so sehr hervorgehobene Einheit der Rechtsordnung ist gewiß wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips. Sie muß aber dann zurücktreten, wenn sie mit der Tarifautonomie in Konkurrenz tritt. Zu Recht sagt Herschel[4], daß es gerade Sinn und Funktion der Tarifautonomie sei, der Mannigfaltigkeit und nicht der Einheitlichkeit zu dienen. Das Postulat der Einheit der Rechtsordnung hat daher immer dann zurückzutreten, wenn die Vertragspartner selbst in der Lage sind, eine ausgeglichene Rechtsordnung zu schaffen.

---

1) Seiter, Anm. zu BAG 4.12.1969
2) Herschel, RdA 73, 147 (153)
3) So auch Preis, ZfA 72, 271 (286); Gröninger, Fünfzig Jahre Verband angest. Akademiker der chem. Industrie, S. 54 (57)
4) Herschel, DB 73, 919 (923)

Richterrecht und Tarifrecht bilden daher keinen Gegensatz, sondern beides sind adäquate Möglichkeiten zur Lösung eines Problems.
Die Argumente der Gegner des tarifdispositiven Richterrechts überzeugen daher nicht.

Zu folgen ist vielmehr den Auffassungen von Gamillscheg und Canaris. Beide Ansichten gehen letztlich von demselben Ausgangspunkt aus, daß nämlich aus dem Grundsatz der Tarifautonomie zunächst folgt, daß den Tarifvertragsparteien ein weiter Ermessensspielraum bei der Lösung der anstehenden Probleme zusteht. Während Gamillscheg einen Ermessensmißbrauch bei einem "klaren Verstoß" gegen die vom Gericht aufgestellten Grundsätze annimmt, sieht ihn Canaris dann als gegeben an, wenn der Kern dieser Regelung tangiert wird.
Da der Kern die tragenden Grundsätze[1] des jeweiligen Rechtsgebiets beinhaltet, wird auch Gamillscheg bei deren Mißachtung einen "klaren Verstoß" annehmen.

Somit ergibt sich, daß die beiden Ansichten keine großen Unterschiede aufweisen, es werden nur verschiedene wertausfüllungsbedürftige Begriffe verwandt. Ein "klarer Verstoß" liegt immer auch dann vor, wenn der Kern einer Norm berührt ist.[2]

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Aus dem Prinzip der Tarifautonomie folgt der Ermessensspielraum, ohne den das Betätigungsfeld der Tarifvertragsparteien in unerträglichem Maße begrenzt sein würde. Dieser Ermessensspielraum resultiert aus der gleichgewichtigen Stellung der Parteien und der damit verbundenen mangelnden Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer.
Hinzu tritt die größere Sachnähe der Tarifpartner, die, wie das Bundesarbeitsgericht erläutert[3], dazu führt,

---

1) Gamillscheg, RdA 68, 407 (409)
2) Ebenfalls natürlich bei einem Verstoß gegen die Verfassung, zwingendes Gesetzesrecht und die guten Sitten
3) BAG 4.12.1969

daß den Tarifverträgen eine Richtigkeitsgewähr immanent ist.
Man kann also sagen, daß wegen dieser Sachnähe die große Bandbreite des Ermessens gerechtfertigt ist und daß eine Ermessensüberschreitung dann vorliegt, wenn die Entscheidungsgründe ihren Ursprung nicht in dieser Sachnähe haben. Dieser Fall tritt dann ein, wenn die tragenden Grundsätze des jeweiligen Rechtsgebiets nicht beachtet werden. Die Beachtung dieser Grundsätze ist zwingend; es liegt dann - um einen verwaltungsrechtlichen Terminus aufzugreifen - eine Ermessensreduzierung auf Null vor. Wird gleichwohl eine entgegenstehende Vereinbarung getroffen, so ist das Ermessen mißbraucht worden, der Kern ist verletzt und somit liegt ein klarer Verstoß gegen zwingendes Recht vor.

Untersucht man nun anhand dieses Modells die bereits erwähnte BAG-Rechtsprechung[1], so ergibt sich folgendes:

In den Urteilen zu den Gratifikationsrückzahlungsklauseln will das Bundesarbeitsgericht den Tarifpartnern nicht etwa gestatten, das Verbot unverhältnismäßiger Rückzahlungsklauseln ganz zu mißachten, es gestattet vielmehr eine "geringfügige" [2] und auch eine "nicht unerhebliche"[3] Abweichung von seinen Regeln.
Ähnlich verhält es sich mit der Rechtsprechung hinsichtlich der Kettenarbeitsverträge. Auch hier will das Bundesarbeitsgericht es nicht etwa den Parteien überlassen, sich über den Grundsatz hinwegzusetzen, daß es für eine Befristung des Arbeitsvertrages eines sachlichen Grundes bedarf. Es überläßt den Tarifvertragsparteien vielmehr näher festzulegen, was als sachlicher Grund anzusehen ist, es überläßt ihnen die Konkretisierung.[4]

---

1) Siehe § 3 II 2a,b der Arbeit
2) BAG 31.3.1966
3) BAG 23.2.1967
4) Richardi, Anm. zu BAG 4.12.1969 I 2 der Anm.

Es ist somit als Ergebnis festzuhalten, daß - ausgehend von dem großen Ermessensspielraum der Tarifvertragsparteien - die Aufteilung einer richterlichen Norm in einen zwingenden Kern und einen dispositiven Bereich der rechtstechnischen Ausgestaltung, zu einer dogmatisch zufriedenstellenden Begründung des tarifdispositiven Richterrechts führt.
Ausgehend von den drei idealtypischen Lösungsmöglichkeiten[1] enthält eine richterrechtliche Schutznorm also sowohl einen Bereich, in dem das Ausschließlichkeitsprinzip gilt, als auch einen Bereich, in dem das Subsidiaritätsprinzip zur Geltung kommt.
In diesem Zusammenhang ist allerdings eine Forderung an die BAG-Rechtsprechung unvermeidlich. Das Bundesarbeitsgericht muß, um der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit willen, in seinen Urteilen unmißverständlich deutlich machen, was es selbst jeweils als den Kern einer Regelung ansieht. Es muß den Bereich klar herausstellen, der auch für die Tarifpartner zwingend ist, in dem ihr Ermessen auf Null reduziert ist.

Zusammenfassend ist daher der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre zuzustimmen. Gerade wenn man der Aufforderung nachzukommen versucht, das Richterrecht auf ein unvermeidliches Minimum zu reduzieren, ist das tarifdispositive Richterrecht, wie Herschel sagt[2], am ehesten tolerabel.
Tarifdispositives Richterrecht ist liberales Richterrecht.[3]

---

1) Siehe § 3 II 1 der Arbeit
2) Herschel, RdA 73, 147 (156), der der Ansicht ist, daß Lieb gar keinen Angriff gegen die Tarifdispositivität, sondern das Richterrecht als solches führt.
3) Herschel, DB 73, 919

§ 4 Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 75b Satz 2 HGB

Im folgenden soll nun die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Wettbewerbsverbot anhand der gewonnenen Ergebnisse auf ihre methodische und materielle Richtigkeit hin untersucht werden. Das Gebiet des Wettbewerbsverbots bietet sich vor allen Dingen deswegen an, weil der Gesetzgeber es hier versäumt hat, die gesetzliche Regelung den gewandelten Verhältnissen anzupassen und daher vom Richter Rechtsfortbildung gefordert werden mußte.

Als erster Komplex ist zunächst die Rechtsprechung zu § 75b Satz 2 HGB zu erörtern.

§ 75b Satz 2 HGB stellt wie Satz 1 der Vorschrift eine Ausnahmeregelung zu § 74 II HGB dar. Denn in den Fällen, in denen ein Handlungsgehilfe jährlich mehr als 8.000 DM verdient, ist eine Wettbewerbsabrede zwischen ihm und dem Prinzipal auch ohne zugesicherte Karenzentschädigung verbindlich.
In einer Anzahl von Entscheidungen nun setzt sich das BAG mit der Verfassungsmäßigkeit der Norm auseinander.

I. Darstellung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Erstmalig beschäftigt sich der 3. Senat des BAG im Jahre 1968 mit der Verfassungsmäßigkeit von § 75b Satz 2 HGB.[1)] Für die Entscheidung des anstehenden Falls kommt es dabei nicht auf die Klärung der Frage an, ob die Norm verfassungswidrig ist oder nicht. Gleichwohl hält es das Gericht aber für angebracht, seine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit darzulegen.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken resultieren zum

---

1) BAG 6.12.1968

einen aus der komplizierten Umrechnungsmethode, derer es bedarf, um die Verdienstgrenze von 8.000 DM den heutigen Verhältnissen anzupassen. Dieses Verfahren erfordert, daß man zunächst die Zahl 8.000 mit der vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Preisindexzahl für 1938 und das Produkt dann mit der letzten veröffentlichten Indexzahl multipliziert und durch 10.000 teilt.[1] Diese Berechnungsmethode ist deshalb notwendig, weil es seit 1938 keine Reichsindexziffer für Lebenshaltungskosten, wie sie § 3 der Zweiten Verordnung zur Neuregelung der im Handelsgesetzbuche sowie in der Gewerbeordnung vorgesehenen Gehaltsgrenzen vom 23.10.1923 als Teuerungszahl vorsieht, mehr gibt.

Der Senat führt aus, daß wegen dieses komplizierten und von den Betroffenen kaum nachzuvollziehenden Verfahrens das Gesetz in seinen Voraussetzungen nicht so klar sei, daß alle Beteiligten die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach bestimmen könnten. Er hat daher Bedenken, ob diese Vorschrift noch den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit genügt.

Zum anderen macht sich das Gericht Gedanken darüber, ob § 75b Satz 2 HGB nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG verstößt. Dieses Grundrecht wird zwar nicht ausdrücklich erwähnt, doch zielt die Argumentation darauf hin.
Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Änderung der soziologischen Struktur, die dadurch hervorgerufen worden ist, daß sich die Vergütung der Handlungsgehilfen weit mehr erhöht hat, als es der Geldwertentwicklung entspricht.
Bei Erlaß der Vorschrift im Jahre 1914 ging man davon aus, daß die Mehrzahl der Handlungsgehilfen ein Gehalt von weniger als 2.000 Mark bezögen. Der Grundsatz von § 75b Satz 2 HGB, daß bei Angestellten in guter wirtschaftlicher und sozialer Lage kein

---

1) Baumbach-Duden, HGB 18.Aufl., §§ 67,68,69 Anm.2B

zwingendes Bedürfnis für eine Karenzentschädigung bestünde, sollte erst dann eingreifen, wenn deren Verdienst mehr als das Vierfache des durchschnittlichen Einkommens beträgt.
Berechnet man nun die Grenze für 1968 nach dem oben geschilderten Verfahren, so mußte schon ein Angestellter mit einem Verdienst von 1964 DM monatlich als Hochbesoldeter angesehen werden. Ein Einkommen, das bei weitem nicht dem Vierfachen des Durchschnittsgehalts entspricht, sondern nur unwesentlich über diesem liegt. Diesem Angestellten nun aber bereits die verbindliche Karenzentschädigung des § 74 II HGB zu entziehen, könne - so argumentiert der Senat - eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung bedeuten im Vergleich zu den "Normalbesoldeten" und daher möglicherweise einen Verstoß gegen Art. 3 I GG darstellen.

In einem 2. "Warnurteil"[1], bei dem es ebenfalls nicht auf die Beantwortung der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von § 75b Satz 2 HGB ankommt, werden diese Bedenken wiederholt.

Danach schließlich erklärt der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts die Norm - jedenfalls mit der bisherigen Verdienstgrenze - für verfassungswidrig.[2]
Auch in diesem Fall kommt es nicht zwingend auf die Klärung der Frage an. Gleichwohl hält sich das Bundesarbeitsgericht "verpflichtet, seine Rechtsauffassung zu bekunden". Es nimmt Bezug auf die zwei "Warnurteile" und weist auf die große Bedeutung dieser Frage für die Praxis hin. Der Gesetzgeber habe keine Neuregelung getroffen, sondern die Beantwortung der Frage vielmehr der Rechtsprechung überlassen. Unter Berufung auf den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit hält es der Senat für geboten, eine Klärung herbeizuführen, damit die

1) BAG 30.5.1969
2) BAG 5.12.1969

Praxis wisse, wie Wettbewerbsverbote zu fassen seien.

Er läßt aber offen, ob § 75b Satz 2 HGB überhaupt verfassungswidrig ist oder ob diese Norm mit einer anderen Verdienstgrenze weitergelten könne, wobei das Gericht als neue Grenze für Hochbesoldete die doppelte Beitragsbemessungsgrenze (§ 1385 II RVO, § 112 II AVG) in Betracht zieht. Der Senat führt aus, daß diese Zurückhaltung hinsichtlich einer endgültigen Entscheidung deshalb vertretbar erscheine, "weil die verbleibende Unklarheit nur eine relativ kleinere Zahl von ArbN betrifft".
Begründet wird die Verfassungswidrigkeit der geltenden Fassung von § 75b Satz 2 HGB mit den bereits in den "Warnurteilen" erörterten Argumenten.
Zunächst wird ein Verstoß gegen die Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 GG) wegen der Unklarheit dieser Norm, die aus der komplizierten Berechnungsweise der Verdienstgrenze resultiere, festgestellt. Bei dieser Methode seien die Parteien darauf angewiesen, so führt der Senat aus, einen Kommentar zu Rate zu ziehen, was angesichts der Tatsache, daß es sich bei der Verdientsgrenze um einen bestimmbaren Begriff handle, nicht hingenommen werden könne.
Es folgen dann Erörterungen über den Gleichheitsgrundsatz, wobei in diesem Urteil Art. 3 I GG ausdrücklich Erwähnung findet. Zwar würde man auch heute jemanden zu den Hochbesoldeten zählen können, der das Vierfache des durchschnittlichen Einkommens erhält. Darunter aber auch jene Angestellte zu fassen, die nach der Berechnungsweise der Verdienstgrenze im Jahre 1968 ein monatliches Entgelt von weniger als 2.000 DM erhalten und dann zwischen diesen und den Normalbesoldeten hinsichtlich der Karenzentschädigung zu unterscheiden, sei nicht unbedenklich. Auch diese Angestellten bedürften im Gegensatz zu den wirklich Hochbesoldeten des Schutzes von § 74 II HGB.

Nach einigen Ausführungen darüber, daß § 75b HGB vorkonstitutionelles Recht sei und daher eine Vorlagepflicht gemäß Art. 100 GG nicht bestehe, schließen sich Erörterungen an, die für die hier zu behandelnde Thematik des Richterrechts von besonderem Interesse sind.
Es geht um die Frage, ob, und gegebenenfalls wie, das Gericht eine neue Verdienstgrenze, die einfacher und klarer zu erkennen ist, festsetzen solle.
Der Senat untersucht zunächst, ob überhaupt die Festsetzung einer neuen Verdienstgrenze erforderlich sei oder ob man nicht vielmehr § 75b Satz 2 HGB ersatzlos streichen solle.
Für diese ersatzlose Streichung spreche zum Teil die Praxis (§ 6 III Manteltarifvertrag für akademisch gebildete Angestellte der Chemischen Industrie in der Bundesrepublik Deutschland kennt kein Wettbewerbsverbot ohne Gegenleistung des ArbGeb) und die gesetzliche Regelung im Handelsvertretergesetz von 1953. In § 90 a I Satz 3, IV HGB wird ohne Rücksicht auf die Bezüge des ArbN für die Einhaltung eines Wettbewerbsverbots eine angemessene Entschädigung zwingend vorgeschrieben.
Für die Festlegung einer praktikableren Verdienstgrenze spreche das Postulat der verfassungskonformen Auslegung und damit verbunden die Forderung, Gesetze nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten.
Zwar unternimmt es das Gericht im weiteren Verlauf des Urteils, eine neue Verdienstgrenze zu ermitteln, es trifft aber keine Entscheidung darüber, ob diese überhaupt erforderlich ist und ob sein Vorschlag somit überhaupt relevant wird.
Dieser Vorschlag geht eben dahin, als neue Verdienstgrenze die doppelte Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung festzulegen. Diese Verdienstgrenze, so wird ausgeführt, habe den Vorteil, daß sie wegen ihrer Dynamik sich den ständigen Veränderungen der Durchschnittseinkommen anpassen könne,

wobei allerdings in Kauf genommen werden müsse, daß die Zahl durch die Berechnung aus den Durchschnittseinkommen in drei zurückliegenden Jahren und die Einbeziehung der weniger verdienenden Arbeiter etwas gedrückt werde.

Dieses Urteil erklärt somit die Verfassungswidrigkeit von § 75b Satz 2 HGB in seiner derzeitigen Fassung. Es wird aber keine Entscheidung darüber getroffen, ob, und gegebenenfalls wie, der so entstandene "Freiraum" zu schließen sei.
Auch in den bestätigenden Urteilen[1] entscheidet sich der Senat nicht, weil in diesen Fällen der Verdienst der Arbeitnehmer auf keinen Fall die doppelte Beitragsbemessungsgrenze erreicht und es somit für die Entscheidungen nicht darauf ankommt, ob diese Grenze dazu geeignet ist, jemanden als Hochbesoldeten im Sinne von § 75b Satz 2 HGB zu klassifizieren.

II. Die Ansichten zu diesem Problem in der Literatur

Diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird in der Literatur grundsätzlich gebilligt, wenngleich auch Kritik sowohl an der verfassungsrechtlichen Würdigung des § 75b Satz 2 HGB als auch an der Art und Weise des Vorgehens des Gerichts geäußert wird.
Man unterscheidet zunächst schärfer, als es das BAG getan hat, zwischen den verschiedenen möglichen Verstößen gegen die Verfassung.

1. Verstoß von § 75b Satz 2 HGB gegen Art.20 GG

Eine Anzahl von Autoren teilt die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, daß § 75b Satz 2 HGB wegen der Kompliziertheit der Berechnungsmethode für die Ver-

1) BAG 1.2.1971
BAG 20.4.1972 (1)
BAG 20.4.1972 (2)

dienstgrenze gegen den Grundsatz der Rechtsklarheit verstößt.[1] Diederichsen/Görg nennen die Norm nicht mehr justiziabel[2], Reyer[3] und Gumpert[4] betonen zudem, daß die erforderliche Indexzahl erst später bekannt würde und demgemäß bei Vertragsabschluß eine Zahl zugrundezulegen sei, die erst Monate später veröffentlicht werde. Eine Verdienstgrenze, die nur mit Hilfe von Kommentaren und Fachzeitschriften zu ermitteln ist, sei - so wird ausgeführt[5] - total unklar und daher verfassungswidrig.

Demgegenüber führt nach anderer Auffassung dieser Umstand noch nicht zur Nichtigkeit von § 75b Satz 2 HGB.[6] Zwar wird die Beschwerlichkeit der Berechnung der Verdienstgrenze nicht bestritten, doch sei es nicht gerechtfertigt, gleich mit dem schweren Geschütz der Verfassungswidrigkeit aufzufahren.[7] Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, die grundsätzlich den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit genügen, seien oftmals wesentlich unbestimmter als diese Norm.

2. Verstoß von § 75b Satz 2 HGB gegen Art. 3 I GG

Bei einem möglichen Verstoß von § 75b Satz 2 HGB gegen den Gleichheitsgrundsatz werden zwei Komplexe streng voneinander unterschieden; nämlich die Frage, ob überhaupt die von dieser Norm vorgenommene Differenzierung

1) Waechter, DB 69, 1105 (1106); Diederichsen/Görg, Anm. zu BAG 6.12.1968; Reyer, BlStSozArbR 69, 381; Gumpert, BB 69, 312
2) Diederichsen/Görg, a.a.O.
3) Reyer, a.a.O.
4) Gumpert, a.a.O.
5) Gumpert, BB 69, 312
6) Gamillscheg, Arbeitsrecht, Fall 91; Beitzke, Anm. zu BAG 5.12.1969; Meilicke, DB 70, 396 (397); Pestalozza, BB 71, 1415
7) Pestalozza, a.a.O., S.1416; zustimmend Gamillscheg, Arbeitsrecht, Fall 91

zwischen Normalbesoldeten und Hochbesoldeten verfassungswidrig ist und ob eine Verfassungswidrigkeit nur aus dem Verfahren zur Berechnung der Verdienstgrenze resultiert.

a) Verstoß des entschädigungslosen Wettbewerbsverbots für Hochbesoldete gegen Art. 3 I GG

Es ist dies also die Frage, ob § 75b Satz 2 HGB im ganzen gegen Art. 3 I GG verstößt, weil für die Gruppe der Normalbesoldeten ein Wettbewerbsverbot nur gegen Zahlung einer Karenzentschädigung verbindlich ist (§ 74 II HGB), für die Gruppe der Hochbesoldeten - wie sie auch immer zu bestimmen ist - hingegen nicht.

Diese Unterscheidung traf der Gesetzgeber im Jahre 1914 deshalb, weil nach seiner Ansicht bei dem hohen Gehalt des Hochbesoldeten (man ging von mehr als dem Vierfachen des Durchschnittsgehalts aus!) die obligatorische Entschädigungspflicht den Prinzipal außerordentlich belaste und andererseits die Rechtsordnung bei diesem Gehalt die Wahrnehmung seiner Interessen dem Handlungsgehilfen selbst überlassen könne.[1] Hinter dieser Regelung steht also der Gedanke, daß sich Arbeitgeber und Hochbesoldeter gleichrangig gegenüberstehen. Daraus erfolgt dann, daß der Hochbesoldete nicht eines so weitgehenden Schutzes bedarf, weil er die Vertragsbedingungen selbst aushandeln kann und sie ihm nicht diktiert werden. Hinzu kommt der Aspekt, daß diese Angestellten quasi bereits durch die Höhe ihres Verdienstes entschädigt seien.[2]

Diederichsen/Görg führen nun aus, daß diese besonderen Umstände in der Person des Hochbesoldeten heute nicht mehr vorliegen würden und er daher genau des gleichen Schutzes bedürfe wie der Normalbesoldete. Ja, er bedürfe dieses Schutzes sogar noch weit mehr, weil er

---

1) Ehrenberg-Titze, HGB 2, Bd., S.811
2) Düringer-Hachenburg, HGB I.Bd.,§ 75b Anm.3; siehe auch BAG 2.12.1966 II 2b der Entsch.Grd.

wegen seiner Spezialkenntnisse einen geringeren Spielraum am Arbeitsmarkt habe, als ein "mittlerer Charge". Auch unter dem Gesichtspunkt der weiten Ausdehnung des Persönlichkeitsschutzes sei es heute generell nicht mehr tragbar, ein Wettbewerbsverbot ohne Entschädigung zu vereinbaren. Die unterschiedliche Behandlung stelle also einen Verstoß gegen Art. 3 I GG dar.[1)]
Demgegenüber wendet sich Beitzke dagegen, die gesonderte Regelung des § 75b Satz 2 HGB als einen Akt der Willkür - und nur dieser führe zur Verletzung von Art. 3 I GG - anzusehen. Die andersartige Behandlung der Hochbesoldeten durch den Gesetzgeber sei allenfalls unzweckmäßig, verfassungswidrig sei sie aber nicht.[2)]

b) Verstoß der Berechnungsmethode für die Verdienstgrenze gegen Art. 3 I GG

Gehen die Ansichten in der Literatur somit hinsichtlich der beiden ersten Möglichkeiten eines Verfassungsverstoßes von § 75b Satz 2 HGB auseinander, so besteht doch in Einklang mit der BAG-Rechtsprechung Einigkeit darüber, daß mit der bisherigen Berechnungsmethode für die Verdienstgrenze innerhalb dieser Norm gegen den Gleichtheitsgrundsatz verstoßen wird.[3)]
Als Vergleichsgruppen dienen hierbei die untere Gruppe der mit dieser Methode errechneten Hochbesoldeten und die Normalbesoldeten. Da das Berechnungsverfahren die Verdienstgrenze nur linear verschiebt, ohne Rücksicht auf die geänderten soziologischen Strukturen, ergebe

---

1) Diederichsen/Görg, a.a.O.; zustimmend Reyer, a.a.O., S.381; Gumpert, BB 67, 1251 (1253); Trinkhaus, DB 68, 1813 (1816)
2) Beitzke, Anm. zu BAG 5.12.1969; ebenso Meilicke, a.a.O., S.397, der anführt, daß z.B. Vorstandsvorsitzende sicher nicht des Schutzes von § 74 II HGB bedürfen.
3) Waechter, DB 69, 1105 (1106); Pestalozza, BB 71, S. 1415 (1418); Seiter, ZfA 70, 355 (406); Konzen, ZfA 72, 131 (195);
a.A. nur Wiedemann, Anm. zu BAG 30.5.1969 2b der Anm.

sich, so diese herrschende Lehre, rein rechnerisch eine Gruppe von Hochbesoldeten, die faktisch nur knapp über dem Durchschnittseinkommen liegen.
Ihnen im Gegensatz zu diesen Normalbesoldeten den Schutz von § 74 II HGB zu versagen, sei sachlich nicht gerechtfertigt und daher willkürlich.

Wird in dieser Frage der Rechtsprechung also noch gefolgt, so setzt die Kritik dort ein, wo das Bundesarbeitsgericht es unternimmt, eine neue - den tatsächlichen Gegebenheiten besser Rechnung tragende - Verdienstgrenze zu erörtern.
Zum Teil wird ihm das Recht zu einer solchen Neufestsetzung überhaupt abgesprochen[1], zum Teil wird dieses vorgeschlagene Verfahren aus materiellen Gründen abgelehnt, weil es nicht klarer als das bisherige sei[2] oder einfach, weil auch die neue Verdienstgrenze dann nicht dem Gesetz unmittelbar entnommen werden könne.[3]
Und noch ein letzter Vorwurf wird dem Senat in diesem Zusammenhang gemacht. Dadurch, daß er offengelassen habe, ob § 75b Satz 2 HGB im ganzen verfassungswidrig sei oder mit einer neuen Verdienstgrenze weiterhin wirksam bleiben könne, habe er mit seinen Urteilen Rechtsunsicherheit verbreitet.[4]

III. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 75b Satz 2 HGB ist unter drei Gesichtspunkten zu würdigen. Zunächst muß untersucht werden, ob der vom Senat eingeschlagene Weg, eine neue Rechtsprechung

1) Seiter, ZfA 70, 355 (406); Wiedemann, Anm. zu BAG 30.5.1969 2b der Anm.; Pestalozza, BB 71, 1415 (1420); Meilicke, DB 70,396 (397); Beitzke, Anm. zu BAG 6.12.1968
2) Beitzke, Anm. zu BAG 5.12.1969
3) Kraft, Anm. zu BAG 5.12.1969
4) Gumpert, BB 70, 309; Pestalozza, BB 71, 1415 (1419)

mit Hilfe von Warnurteilen anzukündigen, zulässig ist. Anschließend daran ist die materielle Rechtslage hinsichtlich dieser Norm und dann die sich daraus ergebenden Konsequenzen für eine richterliche Rechtsfortbildung zu erörtern.

1. Die Warnurteile

Mit den beiden Warnurteilen vom 6.12.1968 und vom 30.5.1969 hat das Bundesarbeitsgericht ein Verfahren gewählt, dessen es sich in der Folgezeit auf dem Gebiet des Wettbewerbsverbots noch mehrfach bedient.

Im Urteil vom 12.11.1971 weist es darauf hin, daß die Vorschriften der §§ 74ff HGB und das dazu in Analogie entwickelte Richterrecht[1] nach Auffassung des Senats möglicherweise dispositiv gegenüber tariflichen Normen seien und fordert zu einer Diskussion über diese Thematik auf.[2]
Parallel zur Rechtsprechung über die Hochbesoldetenklausel scheint überdies die Rechtsprechung zu § 75 III HGB zu verlaufen. In einem ersten Warnurteil[3] erklärt der Senat - ohne daß dies entscheidungserheblich ist - seine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Norm, weil die unterschiedlich geregelten Folgen hinsichtlich des Wettbewerbsverbots bei einer außerordentlichen Kündigung (s.bei der Kündigung des ArbN § 75 I, bei der des ArbGeb § 75 III) möglicherweise gegen Art. 3 I, 12 GG verstoßen könnte. Das BAG nimmt dabei ausdrücklich auf die bei § 75b Satz 2 HGB getroffenen zwei Entscheidungen Bezug.[4]

Obwohl es in diesen Entscheidungen nicht auf die Verfassungswidrigkeit der Hochbesoldetenklausel ankommt, spricht das Gericht in einem obiter dictum seine Bedenken aus, um einerseits zu verhindern, daß sich die

---

1) Siehe § 5 der Arbeit
2) Siehe zu diesem Problem § 6 V der Arbeit
3) BAG 26.10.1973
4) BAG 26.10.1973 IV der Entsch.Grd.

Praxis weiterhin auf die Gültigkeit dieser Vorschrift verläßt und andererseits eine Erörterung des Problems im Schrifttum - die dann ja auch erfolgt - anzuregen.

Dieses Verfahren wird in der Literatur weitgehend positiv bewertet.[1] Man stimmt mit dem Bundesarbeitsgericht darin überein, daß es - obwohl es"im Gegensatz zu den traditionellen Regeln richterlicher Entscheidungskunst steht"[2] - der besonderen Funktion und Problematik höchstrichterlicher Rechtsfortbildung gerecht wird.

Zum einen werde der "Überraschungseffekt"[3] bei einer Rechtsprechungsänderung vermindert, zum anderen werde dem Gericht nach einer Diskussion des Problems in Wissenschaft und Praxis mehr Anschauungsmaterial, als das gemeinhin der Fall sei, zur Verfügung gestellt.

Dieser Auffassung ist zu folgen. Das Argument der Gegenansicht, mit dem Warnurteil lege sich das Gericht bereits fest und erwarte von der Literatur nur noch unterstützende Argumentationshilfe, weil es ohne Einbuße an Autorität nicht mehr von der eigenen Ansicht abweichen könne[4], ist eine bloße Vermutung, die nicht zutrifft.
Der vorläufige Charakter der im Warnurteil geäußerten Meinung des Gerichts wird von diesem selbst unterstrichen, wenn es nämlich ausführt, daß die Warnurteile das schutzwürdige Vertrauen in die Rechtswirksamkeit der Norm noch nicht zu beseitigen in der Lage seien, eben deshalb, weil der Senat seine Auffassung aufgrund kritischer Äußerungen noch ändern könne.[5]

---

1) Canaris, Anm.zu BAG 12.11.1971; Wiedemann, Anm. zu BAG 30.5.1969; Waechter, DB 69, 1105 (1106); Gumpert, Anm. zu BAG 6.12.1968; a.A. Pestalozza, Anm. zu BAG 26.10.1973; Schlüter, Das obiter dictum, S.148; Beitzke, Anm. zu BAG 6.12.1968
2) Canaris, Anm. zu BAG 12.11.1971 I der Anm.
3) Canaris, Anm. zu BAG 12.11.1971
4) Pestalozza, Anm. zu BAG 26.10.1973; Beitzke, Anm. zu BAG 6.12.1968
5) BAG 20.4.1972 A I 3b der Entsch.Grd.

Gerade die Rechtsprechung zur analogen Anwendung der §§ 74ff HGB auf Wettbewerbsabreden mit sonstigen Arbeitnehmern wird zeigen, daß auch tatsächlich die Rolle, die die Literatur für die Fortentwicklung des Rechts spielt, nicht zu gering erachtet werden darf. Auf diesem Rechtsgebiet weicht das Bundesarbeitsgericht aufgrund kritischer Stimmen in der Wissenschaft (auf die ausdrücklich hingewiesen wird[1]) von einer ständigen Rechtsprechung - und nicht bloß von beiläufig geäußerten Ansichten in Warnurteilen - ab, ohne sich um einen Autoritätsverlust zu kümmern, der in diesem Fall dann wohl ja noch größer sein müßte. Wären die Gerichte so um den Bestand ihrer Autorität besorgt, käme es wohl nie zu einer Rechtsprechungsänderung.[2]

Gerade die Zusammenarbeit der Gerichte mit Wissenschaft und Praxis ist für das Entstehen von Richterrecht von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Daher ist es zu begrüßen, wenn das Bundesarbeitsgericht diesem Umstand Rechnung trägt.

Wenn zu Recht bedauert wird, daß dem Gericht niemals das Anschauungsmaterial wie dem Gesetzgeber zur Verfügung steht[3], so muß dann aber respektiert werden, wenn es sich vor einer endgültigen Entscheidung um dieses Material bemüht. Dieses Bemühen sollte man anerkennen und fördern, man wird ihm nicht dadurch gerecht, daß man dem Bundesarbeitsgericht unterstellt, es würde Warnurteile nur dann aussprechen, wenn es eine bereits festgefaßte Meinung besitzt und für diese nur noch mit Argumenten"versorgt"werden will.

Zu Recht führt daher Canaris aus, daß der vom BAG eingeschlagene Weg besonders glücklich sei und auch in Zukunft als Vorbild dienen solle.[4]

---

1) Siehe BAG 13.9.1969 V der Entsch.Grd.
2) Eine Begründung, warum eine Meinungsänderung zum Autoritätsverlust führen soll, bleiben die genannten Autoren ohnehin schuldig.
3) Siehe § 1 V der Arbeit
4) Canaris, Anm. zu BAG 12.11.1971

2. Die materielle Rechtslage hinsichtlich § 75b Satz 2 HGB

Es ist zu untersuchen, ob die Regelung allein wegen der Berechnungsmethode gegen höherrangiges Recht verstößt oder ob überhaupt die Differenzierung zwischen Hoch- und Normalbesoldeten verfassungswidrig ist.

a) Verstoß der von § 75b Satz 2 HGB vorgenommenen Differenzierung gegen Art. 3 I GG

Dieser Verstoß läge dann vor, wenn die Andersbehandlung der Hochbesoldeten gegenüber den Normalbesoldeten hinsichtlich der Karenzentschädigung willkürlich wäre, wenn ihr also sachfremde, sich nicht aus der Natur der Sache ergebende, Gründe zugrunde lägen.
Das Motiv des Gesetzgebers für diese Regelung wurde dargelegt.[1] Wegen der besseren wirtschaftlichen und sozialen Lage soll dem Hochbesoldeten eben ein Verzicht auf zwingende Karenzentschädigung zugemutet werden können.

Daß diese bessere Situation vorliegt, wird nicht nur bestritten, sondern es wird wegen der größeren Spezialisierung der Hochbesoldeten sogar für diese eine wesentlich schlechtere Lage bei der Beschaffung eines neuen, wettbewerbsfremden, Arbeitsplatzes angenommen und damit die Willkürlichkeit der Reglung begründet.[2]

Dem kann nicht gefolgt werden. Denn einem Prokuristen eines Unternehmens nicht den gleichen Schutz zuteil werden zu lassen, wie z.B. einem Buchhalter, ist nicht vollkommen sachfremd. Ersterer ist eben doch in gewisser Weise sozial unabhängiger, was sich gerade in der Ausgestaltung eines Vertrages bemerkbar machen wird.
Hinzu kommt eine wirtschaftliche Unabhängigkeit, die aus der Höhe des Verdienstes resultiert. Man muß davon ausgehen - und dieser Aspekt wird in der Diskussion zu wenig beachtet-, daß ein Hochbesoldeter nach der Absicht des Gesetzgebers mindestens mehr als das Vierfache des

1) Siehe § 4 I der Arbeit
2) Diederichsen/Görg, a.a.O.

Normalbesoldeten verdienen soll. Demgemäß wäre im Jahre 1972 jemand Hochbesoldeter gewesen, der jährlich über 85.000 DM verdient hat.[1] Daß ein Handlungsgehilfe mit einem Verdienst von 20.000 DM jährlich mehr des Schutzes durch den Gesetzgeber bedarf, liegt auf der Hand.
Auch das ins Feld geführte Argument der größeren Spezialisierung ist nicht geeignet, die Willkürlichkeit der Differenzierung zwischn Hoch- und Normalbesoldeten zu begründen. Denn diese Spezialisierung ist sicher nicht generell in diesem Umfang gegeben. Der kaufmännische Angestellte mit Hochschulabschluß - und nur dieser dürfte in der Regel Hochbesoldeter sein - erfährt auf der Universität zunächst eine viele Bereiche umfassende Ausbildung. Erreicht er die Position eines Hochbesoldeten, dann wird er weniger spezialisierte, sondern vielmehr grundsätzliche Aufgaben bewältigen; er wird mehr auf strategischem, als auf taktischem Gebiet tätig sein. Ob jemand dann z.B. als Verkaufschef eines Unternehmens der Waschmittel- oder der Nahrungsmittelindustrie arbeitet, macht einen gravierenden Unterschied nicht aus. Die Spezialisierung erfolgt also vielmehr hinsichtlich der Art der Tätigkeit, nicht hinsichtlich der Branche. Deswegen ist ein hochbesoldeter Angestellter hinsichtlich der Beschaffung eines neuen Arbeitsplatzes nicht in einer wesentlich schlechteren Situation als ein Normalbesoldeter.
Auch der vom BAG erwähnte § 90a HGB, der eine Differenzierung nicht kennt, kann nicht zur Begründung herangezogen werden. Denn den Materialien zu dieser Norm ist kein Hinweis darüber zu entnehmen, ob sich der Gesetzgeber von § 75b Satz 2 HGB distanzieren will oder nicht.[2]

Es soll zwar an dieser Stelle nicht verkannt werden, daß es vielleicht zweckmäßiger sein könnte, nicht in dieser

---

1) Statistisches Jahrbuch 73, 484, nach dem das durchschnittliche Monatseinkommen eines Angestellten im Jahre 1972 1739.-DM betrug.
2) Pestalozza, BB 71, 1415 (1418)

Wiese, wie es § 75b Satz 2 HGB tut, zu differenzieren. Es geht aber nicht an, daraus gleich auf die Verletzung von Art. 3 I GG zu schließen. Der Gleichheitssatz ist nicht schon dann verletzt, wenn mit einer Regelung das sachgerechte Optimum nicht erreicht ist. Erst wenn einer Regelung sachfremde Erwägungen zugrunde liegen, verstößt sie gegen Art. 3 I GG.
Die unterschiedliche Behandlung von Normal- und Hochbesoldeten hinsichtlich einer Karenzentschädigung erfüllt diese Voraussetzungen nicht, sie ist somit nicht willkürlich.
Der Grundgedanke des § 75b Satz 2 HGB als solcher ist daher verfassungsgemäß.

b) Verstoß der vorliegenden Fassung von § 75b Satz 2 HGB gegen Art. 20 GG

Unbestritten ist die Berechnungsmethode für die Verdienstgrenze des § 75b Satz 2 HGB kompliziert und sowohl für den Laien, als auch für den Juristen, nicht leicht nachzuvollziehen. Die entscheidende Frage ist aber, ob es verhältnismäßig ist, in dieser Regelung deshalb schon einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip zu sehen und sie für verfassungswidrig zu erklären.
Diese Verdienstgrenze ist letztlich anhand einiger Fakten klar und bestimmt zu fassen. Betrachtet man hingegen viele der von Beizke[1] angeführten unbestimmten Rechtsbegriffe oder die von Gamillscheg[2] erwähnten Generalklauseln, so sind diese in der Tat oftmals wesentlich unbestimmter und unklarer. Wie soll ein Laie z.B. der Formulierung des § 242 BGB die anerkannten Rechtsinstitute entnehmen können, die auf der Basis dieser Generalklausel entwickelt wurden; wie soll er wissen, was unter die familienrechtlichen Begriffe der schweren Eheverfehlung, der Ehezerrüttung

1) Beitzke, Anm. zu BAG 6.12.1968
2) Gamillscheg, Arbeitsrecht, Fall 91

und des Kindeswohls zu subsumieren ist? Der Umfang der erforderlichen Kommentierung[1] deutet bei diesen Normen nicht eben auf überragende Rechtsklarheit hin. Gleichwohl genügen sie unstreitig den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit.
Auch die Erwägung, daß die angestellten Vergleiche deswegen nicht zutreffen, weil es sich bei der Verdienstgrenze um einen bestimmten Begriff handelt, der in einem Rechtsstaat auch bestimmt sein muß[2], ändert daran nichts. Das liegt an der Besonderheit, daß es sich bei der Verdienstgrenze um eine Zahl handelt, die nicht statisch, sondern dynamisch und daher immer wieder neu festzulegen ist. Es wird daher immer einer Berechnungsmethode zur Bestimmung bedürfen, der Norm unmittelbar wird die Verdienstgrenze eben wegen der Dynamik nie zu entnehmen sein. Daß es dabei vielleicht einfachere Methoden zur Anpassung an die geänderten Verhältnisse geben mag, ist nicht von der Hand zu weisen. Dies allein kann aber nicht zur Verfassungswidrigkeit der bestehenden Berechnungsmethode führen.

Daher ist dem Bundesarbeitsgericht und den Autoren, die § 75b Satz 2 HGB für nicht mehr justiziabel erachten, nicht zu folgen; sie stellen zu große Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit einer Norm. So wünschenswert es generell ist, eine größere Normenklarheit zu bekommen, die Verfassungswidrigkeit kann erst dann eingreifen, wenn ein besonders krasser Verstoß gegen dieses Prinzip vorliegt.[3]
Einen solchen Verstoß kann man im Falle der Berechnungsmethode gemäß § 75b Satz 2 HGB nicht annehmen; sie ist zwar kompliziert, aber doch immerhin auf Heller und Pfennig vollziehbar.[4] Daher liegt kein Verstoß gegen

1) Zu § 242 BGB siehe z.B.: Staudinger, Kommentar zum BGB II.Bd., Teil 1b
2) BAG 5.12.1969 III 1a der Entsch.Grd.
3) BVerfG 23.10.1951 "in extremen Fällen"
   BVerfG 24. 7.1963 "nur ausnahmsweise"
4) Meilicke, DB 70, 396 (397)

das Rechtsstaatsprinzip vor; die Norm ist aus diesem Grunde nicht verfassungswidrig.

c) Verstoß der vorliegenden Fassung von § 75b Satz 2 HGB gegen Art. 3 I GG

Zutreffender ist hingegen die Argumentation des Bundesarbeitsgerichts, daß die Berechnungsmethode gemäß § 75b Satz 2 HGB gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt.

Ausgangspunkt für die Erörterung der Problematik ist die Überlegung, daß durch die geänderte soziologische Struktur Angestellte als Hochbesoldete klassifiziert werden, die faktisch keine sind, weil die Verdienstgrenze lediglich linear verschoben wird.
Folgende Zahlen mögen zur Verdeutlichung beitragen:
Im April 1967 betrug die Verdienstgrenze nach § 75b Satz 2 HGB 22.780 DM[1], das Durchschnittseinkommen für männliche kaufmännische Angestellte 12 x 1101 DM = 13.212 DM.[2]
Die entsprechenden Zahlen für August 1968 lauten 23.569 DM[3] und 12 x 1178 DM = 14.136 DM.[4]
Für September 1969 schließlich ergibt sich eine Verdienstgrenze von 23.795 DM[5] und ein Durchschnittseinkommen von 12 x 1278 DM = 15.336 DM[6].

Aus diesen Zahlen ergeben sich zwei Schlußfolgerungen. Zum einen beweisen sie die Änderung der soziologischen Struktur, da die Steigerung beim Durchschnittseinkommen in diesen drei Jahren mehr als doppelt so groß ist, wie der Zuwachs bei der Verdienstgrenze nach § 75b Satz 2 HGB (2.124 DM und 1.015 DM).
Zum anderen beweisen sie, wie sich diese Änderung im Laufe der Jahrzehnte ausgewirkt hat. Die Absicht des

---

1) Baumbach-Duden, HGB 18.Aufl., §§ 74-74c Anm.2 F
2) Statistisches Jahrbuch 68, 463
3) Siebert-Hilger-Koch, Arbeitsrecht, Heft 5 Ausgabe 5
4) Statistisches Jahrbuch 69, 461
5) Baumbach-Duden, HGB 20.Aufl., §§ 74-74c Anm. 2 F
6) Statistisches Jahrbuch 70, 448

Gesetzgebers im Jahre 1914, einen Hochbesoldeten erst dann anzunehmen, wenn er mehr als das Vierfache des Durchschnitts verdient, wird bei der Berechnung der Verdienstgrenze überhaupt nicht mehr berücksichtigt. Nach dieser Methode genügt heute schon ein Einkommen, das noch nicht einmal doppelt so hoch ist wie der Durchschnitt, um jemanden als Hochbesoldeten zu klassifizieren. Beachtet man ferner, daß die vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Zahlen, im Gegensatz zur Verdienstgrenze bei § 75b Satz 2 HGB[1], vertragsmäßige Leistungen, wie Jahresabschlußprämien, 13.Monatsgehalt, Gratifikationen und Tantieme nicht enthalten[2], so ergibt sich, daß sich heute bereits ein durchschnittlich verdienender kaufmännischer Angestellter dieser Verdienstgrenze bedenklich nähert.

Aus diesem Grund verstößt die Berechnungsmethode gegen Art. 3 I GG und zwar in zweifacher Hinsicht.

aa) Die Hochbesoldeten gemäß der Berechnungsmethode im Verhältnis zu den tatsächlich Hochbesoldeten

Vergleicht man die Gruppe derer, die nach der Berechnungsmethode des § 75b Satz 2 HGB gerade noch zu den Hochbesoldeten zählt, mit der Gruppe derer, die diesen Status tatsächlich haben, so ergibt sich folgendes.

Die erste Gruppe[3] wird hinsichtlich der Karenzentschädigung ebenso behandelt wie die zweite Gruppe.[4] Es wird also Ungleiches (hinsichtlich des Jahresverdienstes) gleich (hinsichtlich der Entschädigung) behandelt und zwar willkürlich. Denn anzunehmen, daß auch ein Angestellter mit einem Verdienst von gut 20.000 DM jährlich im Jahre 1969 sozial und wirtschaft-

---

1) Würdinger in Großkomm. HGB § 74a Anm.6
2) Statistisches Jahrbuch 73, 475
3) 1969: mit einem Jahresverdienst ab 23.795 DM
4) 1969 betrug das Vierfache des durchschnittlichen Jahresverdienstes rund 62.000 DM

lich unabhängig gewesen ist, und daß die Höhe dieses Verdienstes bereits die Karenzentschädigung für ein zweijähriges Wettbewerbsverbot beinhaltet, ist höchst wirklichkeitsfremd. Es besteht daher keinerlei sachlicher Grund, ihn mit jemandem gleich zu behandeln, der fast das dreifache Einkommen bezieht.
Daher verstößt § 75b Satz 2 HGB mit der bisherigen Berechnungsmethode gegen Art. 3 I GG.

bb) Die Hochbesoldeten gemäß der Berechnungsmethode im Verhältnis zu den durchschnittlich verdienenden Handlungsgehilfen

Auch wenn man diese beiden Gruppen miteinander vergleicht, kommt man, wie das Bundesarbeitsgericht, zu einem Verstoß gegen Art. 3 I GG.
Sie sind gleich in der sozialen und wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Arbeitgeber und ihr Verdienst kann wegen seiner geringen Höhe keine Karenzentschädigung abgelten.

Versagt der Gesetzgeber nun der ersten Gruppe im Gegensatz zur zweiten Gruppe den Schutz von § 74 II HGB, so ist die Regelung willkürlich. Ein sachlicher Grund kann keinesfalls in dem geringen Unterschied im Einkommen zwischen den Normalbesoldeten und dieser untersten Gruppe der Hochbesoldeten liegen; diese Differenz kann nicht die erhebliche Schlechterstellung hinsichtlich der Karenzentschädigung rechtfertigen.
Auch aus diesem Grund liegt somit ein Verstoß von § 75b Satz 2 HGB gegen Art. 3 I GG vor.

Zusammenfassend ergibt sich also in bezug auf die materielle Rechtslage, daß der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 75b Satz 2 HGB im Ergebnis gefolgt werden kann. Allerdings ist diese Norm nicht "jedenfalls", sondern "nur" mit der bisher als maßgeblich erachteten Verdienstgrenze verfassungswidrig, denn grundsätzlich bestehen keine Bedenken gegen eine Differenzierung zwischen Normal- und Hochbesoldeten. Auch

folgt die Verfassungswidrigkeit der vorliegenden Fassung dieser Norm allein aus Art. 3 I GG, nicht auch aus Art. 20 GG.

3. Die notwendigen Konsequenzen aus der Rechtslage bei § 75b Satz 2 HGB

Die Konsequenz ist zunächst, daß § 75b Satz 2 HGB mit der bisher üblichen Verdienstgrenze für verfassungswidrig zu erklären ist, daß also eine contra legem Entscheidung getroffen werden muß. Denn ein Notstand, als Voraussetzung für eine solche Entscheidung, ist naturgemäß immer dann gegeben, wenn gegen Normen des Grundgesetzes verstoßen wird.
Dieser Verstoß lag hier aber nicht von Beginn an vor, sondern das Gesetz ist erst im Laufe der Zeit - mit Änderung der soziologischen Struktur - obsolet geworden. Das allein würde bereits genügen, den Richter zu ermächtigen, gegen das Gesetz zu entscheiden.[1] Führt dieser Umstand sogar zur Verletzung des Grundgesetzes, so ist die Norm für verfassungswidrig zu erklären, so lange keine Vorlagepflicht gemäß Art. 100 GG besteht.

Dies hat das Bundesarbeitsgericht auch getan, doch stimmt die Methode, wie diese contra legem Entscheidung getroffen wird, bedenklich.
Soll, wie hier, gegen ein vorkonstitutionelles Gesetz entschieden werden, so ist zunächst klar zu umreißen, welcher Gedanke dieser Norm gegen welchen Gedanken der Verfassung verstößt.
Genau dies aber hat das BAG, vor allen Dingen zu Beginn seiner Rechtssprechung versäumt. Eine eindeutige Stellungnahme wurde nur bezüglich der komplizierten Berechnungsmethode abgegeben, hinsichtlich derer Zweifel bestünden, ob sie den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit genüge.

---

1) Siehe § 1 IV 1 der Arbeit
2) So bereits BAG 6.12.1968 III 2 der Entsch. Grd.

Welche verfassungsrechtlichen Bedenken sich aus der Wandlung der soziologischen Struktur ergeben, bleibt unklar.
Im Urteil vom 6.12.1968 heißt es im 1.Leitsatz, daß gegen die Gültigkeit dieser Vorschrift verfassungsrechtliche Bedenken bestünden und die Vorschrift außerdem (!) durch die gesellschaftliche Entwicklung überholt sei. In den Entscheidungsgründen steht dann unter III 2a, daß die Vorschrift aus doppeltem Grunde unklar sei, dem Strukturargument wird also verfassungsrechtliche Relevanz in bezug auf das Rechtsstaatsprinzip beigemessen. Unter III 2b wird diese Strukturänderung dann beschrieben, ohne zu erwähnen, warum die Norm dadurch unklar geworden sein könnte, daß die ursprüngliche gesetzliche Konzeption verfehlt wird.[1] Art. 3 I GG wird in diesem Urteil nicht erwähnt.
Im Urteil vom 30.5.1969 taucht dann zwar eine mögliche Ungleichbehandlung wegen dieser strukturellen Änderung auf, in den Entscheidungsgründen (unter II) wird dieser Punkt aber wiederum nur im Zusammenhang mit der Verletzung des Rechtsstaatsprinzips gesehen. Erst am Schluß wird dann eine mögliche Verletzung des Gleichheitssatzes erwähnt. Nach dem Gesamteindruck des Urteils steht dieses Argument also in der Mitte zwischen Normklarheitsprinzip und Art. 3 I GG.[2]

Auch im Urteil vom 5.12.1969 erfolgt keine Klarstellung. Zum Teil wird darauf hingewiesen, daß durch die strukturelle Änderung Art. 3 I GG verletzt sein könnte und zwar auch deswegen, weil überhaupt zwischen Normal- und Hochbesoldeten unterschieden wird (III 1a am Ende),zum Teil wird ausgeführt, daß die Undurchsichtigkeit der Rechtslage dadurch schwerer wiegen würde (III 1a am Ende).

---

1) Zu dieser Kritik siehe auch Pestalozza, BB 71, S.1415 (1417)
2) Pestalozza, BB 71, 1415 (1417)

Eine klare Argumentation des Bundesarbeitsgerichts im Bereich von Art. 3 I GG wäre nötig gewesen, mit der Behauptung der Verfassungswidrigkeit allein ist es nicht getan.
Diese Unklarheit wird ferner dadurch verstärkt, daß das BAG es scheut, sich zu entscheiden, ob § 75b Satz 2 HGB überhaupt verfassungswidrig ist. Daraus resultiert dann auch die höchst ungewöhnliche Reihenfolge hinsichtlich der Überprüfung der Norm am Grundgesetz. Denn, so fragt sich, wozu dient zunächst eine Diskussion über die Verfassungswidrigkeit von Teilen einer Norm (hier: die Berechnungsmethode für die Verdienstgrenze), wenn hernach die Frage nach der Verfassungswidrigkeit der gesamten Norm aufgeworfen wird. Das BAG hätte genau den anderen Weg gehen müssen.
Es hätte zunächst prüfen und entscheiden (!) müssen, ob die in § 75b Satz 2 HGB vorgenommene Differenzierung zwischen Normal- und Hochbesoldeten mit der Verfassung zu vereinbaren ist und erst dann, nach Bejahung dieser Frage, wäre die Verfassungsmäßigkeit der vorliegenden Fassung zu untersuchen gewesen.

a) Die Folgen der contra legem Entscheidung

Diese Unentschlossenheit des Senats ist auch dort anzutreffen, wo es um die Folgen seiner contra legem Entscheidung geht.
Denn wird gegen die bisherige Berechnungsmethode entschieden, gleichzeitig die Schlechterstellung des Hochbesoldeten aber nicht für verfassungswidrig erklärt, so ist hinsichtlich der Klassifizierung eines Hochbesoldeten eine Lücke entstanden, die zu schließen gewesen wäre. Denn so wie der Richter aufgerufen ist, eine planwidrige Unvollständigkeit im Gesetz zu beseitigen, indem er die Lücken, die der Gesetzgeber hinterlassen hat, ausfüllt, so ist er naturgemäß noch viel eher dazu verpflichtet, eine Lücke zu schließen, die seine eigene Rechtsprechung hinterlassen hat.[1] Das Bundesarbeitsgericht war daher

1) Siehe § 1 IV 3 der Arbeit

verpflichtet, über eine neue Berechnungsmethode für die Verdienstgrenze zu entscheiden, die bloßen Ausführungen, als solche die doppelte Beitragsbemessungsgrenze der Rentenversicherung ins Auge zu fassen, genügen nicht.

Das Gericht hat es also versäumt, sich in zwei - für die Rechtsfortbildung wichtigen - Punkten zu entscheiden. Es hat offengelassen, ob § 75b Satz 2 HGB im ganzen verfassungswidrig ist und ob die doppelte Beitragsbemessungsgrenze die neue Verdienstgrenze bilden soll.
Die Folge davon ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit und Rechtsunklarheit - ein Rechtsnotstand!
Dabei war das Bundesarbeitsgericht gerade angetreten, den bislang vorliegenden Notstand zu beseitigen. Zur Vorbereitung dienten die zwei Warnurteile[1)], die verhindern sollten, daß sich die Praxis weiterhin auf die Gültigkeit des § 75b Satz 2 HGB bei Vereinbarungen von Wettbewerbsverboten verläßt[2)] und die der Wirtschaftspraxis Gelegenheit geben wollten, sich auf die geänderte Rechtsansicht einzustellen.[3)]
Wie sich die Praxis nun aber verhalten soll, ist heute - mehr als fünf Jahre nach dem ersten Warnurteil - immer noch unklar. Worauf sie sich allein einrichten kann, ist der Umstand, daß die Berechnungsmethode für die Verdienstgrenze verfassungswidrig ist. Welche neue Berechnungsmethode nun eingreift oder ob es wegen der Unwirksamkeit der gesamten Norm darauf gar nicht mehr ankommt, ist unbestimmt. Denn das Ergebnis der Rechtsprechung läßt viele Varianten möglich erscheinen.

Als Beispiel möge nur eine Wettbewerbsabrede zwischen einem ArbGeb und einem Angestellten, dessen Verdienst über der vom BAG in Erwägung gezogenen doppelten Beitragsbemessungsgrenze liegt, dienen.

---

1) BAG 6.12.1968
   BAG 30.5.1969
2) BAG 6.12.1968 III 1 der Entsch.Grd.
3) BAG 30.5.1969 II der Entsch.Grd.

wird zwischen diesen beiden Parteien eine Karenzentschädigung gemäß § 74 II HGB vereinbart, so kann es geschehen, daß der Arbeitgeber beim Ausscheiden des Arbeitnehmers Zahlung leisten muß, ohne dazu gesetzlich verpflichtet zu sein; eben dann, wenn § 75b Satz 2 HGB im ganzen nicht für verfassungswidrig erklärt wird und als neue Verdienstgrenze die doppelte Beitragsbemessungsgrenze gilt.
Würde mit dem Angestellten nun aber, unter diesem Aspekt, keine Vereinbarung hinsichtlich der Karenzentschädigung getroffen werden, so wäre die Vereinbarung bei Verfassungswidrigkeit der gesamten Norm wegen § 74 II HGB unverbindlich.
Dieser Argumentation hält das Bundesarbeitsgericht entgegen[1], daß die verbleibende Unklarheit (die es also selbst erkennt) nur eine relativ kleinere Zahl von ArbN betreffe und daher in Kauf zu nehmen sei. Dem kann aus zwei Gründen nicht gefolgt werden.
Im Jahre 1972 betrug die vom BAG erwähnte doppelte Beitragsbemessungsgrenze 2 x 25.200 DM = 50.400 DM.[2] Die durchschnittlichen Jahresgehälter für Angestellte der Leistungsgruppe II im gleichen Jahr[3] betrugen im kaufmännischen Bereich bis zu 31.800 DM (Straßenfahrzeugbau). Rechnet man zu diesen Gehältern die in der Statistik nicht berücksichtigten weiteren vertragsmäßigen Leistungen hinzu, so ergibt sich, daß in einigen Industriezweigen schon die durchschnittlich bezahlten Angestellten der Leistungsgruppe II mit ihrem Verdienst den Betrag der doppelten Beitragsbemessungsgrenze annähernd erreichen.
Doch selbst wenn man, dem BAG folgend, die verbleibende Gruppe tatsächlich als klein erachtet, kann die Inkaufnahme der unklaren Rechtslage aus grundsätzlichen Erwägungen heraus nicht hingenommen werden.

---

1) BAG 5.12.1969 - B 2e am Ende
2) BAnz 71, Nr. 241, S. 2
3) Statistisches Jahrbuch 73, 164f

Auch eine Minderheit, und sei sie noch so klein, hat Anspruch auf Rechtssicherheit. Es geht nicht an, daß ein Gericht im Rahmen einer Rechtsfortbildung eine kleine Gruppe dadurch mit Rechtsunssicherheit belastet, daß es einer klaren Entscheidung ausweicht. Eine solche Rechtsfortbildung kann nicht als geglückt angesehen werden. Das gilt bei der vorliegenden Frage sogar in besonderem Maße, weil sich hier die Rechtsunsicherheit wegen der wirtschaftlichen Bedeutung besonders nachteilig bemerkbar macht. Denn bei dieser Gruppe ist die Belastung für die einzelnen Betriebe infolge der hohen Karenzentschädigung sehr groß.
Man kann sich auch nicht auf den Standpunkt zurückziehen, daß es in den Entscheidungen[1] nicht auf die Festlegung einer neuen Verdienstgrenze ankam, weil in diesen Fällen der Verdienst der Angestellten ohnehin unter der doppelten Beitragsbemessungsgrenze lag. Denn auch in der Entscheidung vom 5.12.1969 kommt es nicht auf die Verfassungsmäßigkeit von § 75b Satz 2 HGB an. Gleichwohl hält sich der Senat zu Recht für verpflichtet aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit zu einer Klärung beizutragen.[2]
Mit der gleichen Begründung hätte der Senat dann aber auch erklären müssen, welche Berechnungsmethode er für verfassungsgemäß erachtet. Dadurch, daß er dies nicht getan hat, hat er sein Ziel, der Praxis eine problemlose Gestaltung von Wettbewerbsverboten zu ermöglichen, nicht erreicht.
Er hat vielmehr einen Notstand durch einen anderen Notstand ersetzt, denn für die oben beschriebene Gruppe ist es ein unerträglicher Zustand, nicht zu wissen, ob eine Norm, die man den Verträgen zugrunde legt, verfassungsgemäß ist oder nicht. Der Vorwurf der Unklarheit einer Regelung, den das Bundesarbeitsgericht dem Gesetz-

---

1) BAG 5.12.1969
BAG 1. 2.1971
BAG 20. 4.1972 (1)
2) BAG 5.12.1969 B 2e der Entsch.Grd.

geber bezüglich der Berechnungsmethode im Rahmen des § 75b Satz 2 HGB macht, trifft ihn selbst nun in viel stärkerem Maße.[1] Denn vor seiner Rechtsprechung konnte man die Verdienstgrenze - auch wenn sie nicht mehr den Gegebenheiten entsprach - genau berechnen, heute ist jegliche Bestimmung dieser Grenze unmöglich.

b) Das Schließen der Lücke bei § 75b Satz 2 HGB

Dabei hat das BAG selbst einen guten Ansatzpunkt für die Schließung der entstandenen Lücke aufgezeigt. Wie ausgeführt[2] stehen bei der Rechtsfortbildung contra legem verschiedene Methoden zur Lückenfüllung zur Verfügung. Neben den allgemeinen bei der Rechtsfortbildung praeter legem besprochenen[3] Methoden kann der Richter beim Judizieren contra legem bei der Schöpfung der neuen Grundsätze auch auf die Grundentscheidung des gealterten Gesetzes zurückgreifen. Es ist dies das, was das BAG als verfassungskonforme Auslegung bezeichnet.[4]
Betrachtet man unter diesem Aspekt die neu zu bestimmende Verdienstgrenze, so ergibt sich, daß sie in etwa den vierfachen Betrag dessen ausmachen muß, was ein durchschnittlich verdienender Angestellter erhält. Bei der Ausprägung dieses Grundsatzes ist das Bundesarbeitsgericht auf die allgemeine Bemessungsgrundlage der Rentenversicherung gestoßen, die das durchschnittliche Bruttojahresentgelt aller Versicherten der gesetzlichen Rentenversicherung im Mittel des dreijährigen Zeitraums vor dem Kalenderjahr, das dem Eintritt des Versicherungsfalls vorausgegangen ist, beinhaltet.[5] Verdoppelt man nun diese allgemeine Bemessungsgrundlage, so erhält man

---

1) Ebenso Leipold, Anm. zu BAG 26.10.1970
2) Siehe § 1 IV 3 der Arbeit
3) Siehe § 1 III 1b der Arbeit
4) BAG 5.12.1969 III 2a am Ende
5) Siehe § 1255 II RVO; § 32 II AVG

die Beitragsbemessungsgrenze.[1] Die doppelte Beitragsbemessungsgrenze nun - so führt das Bundesarbeitsgericht aus[2] - entspricht dann dem Vierfachen des Bruttojahresentgelts und man käme der Intention des Gesetzgebers sehr nahe. Neben diesem Eingehen auf die gesetzgeberische Absicht hätte diese Regelung nach Ansicht des Senats den Vorteil, daß sie allgemein geläufig, dynamisch und wegen der Veröffentlichung im Bundesanzeiger leicht feststellbar sei. Er nimmt jedoch selbst zur Kenntnis, daß durch die Einbeziehung der Arbeiter und die Berechnung aus dem Durchschnittseinkommen in drei zurückliegenden Jahren die errechnete Zahl wahrscheinlich geringer ist, als nach den Gesetzesmaterialien der Vorstellung des Gesetzgebers von 1914 entsprach.[3] Gleichwohl läßt er diese Bedenken wegen der großen Praktikabilität der Regelung unberücksichtigt.

Einige Zahlen mögen nun aber belegen, daß die so berechnete Verdienstgrenze im Rahmen des § 75b Satz 2 HGB doch erheblich von der Intention des Gesetzgebers abweicht. Stellt man den vierfachen Betrag der Durchschnittsgehälter der doppelten Beitragsbemessungsgrenze gegenüber, so ergibt sich folgende Tabelle:[4]

Jahr	Durchschnittsgehalt X 4	Beitragsbemessungsgrenze X 2
1967	52.848 DM	33.600 DM
1968	56.544 DM	38.400 DM
1969	61.344 DM	40.800 DM
1970	72.917 DM	43.200 DM
1971	81.120 DM	45.600 DM
1972	88.416 DM	50.400 DM

1) Siehe § 1385 II RVO; § 112 II AVG
2) BAG 5.12.1969 II 2b am Ende
3) Der Senat scheint also eine rechnerische Überprüfung seiner Lösungsmöglichkeit nicht vorgenommen zu haben.
4) Die entsprechenden Grundzahlen sind dem Statistischen Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland einerseits und dem Bundesanzeiger andererseits entnommen.

Rechnet man zu den Angestelltengehältern noch das 13.Monatsgehalt, Gratifikationen und Tantieme hinzu, die in der Tabelle nicht berücksichtigt wurden, so ergibt sich, daß heute der durchschnittliche Verdienst eines männlichen Angestellten fast den Betrag der Beitragsbemessungsgrenze erreicht.[1] Der Betrag der doppelten Beitragsbemessungsgrenze ist daher zu niedrig, um die Relation zwischen Hoch- und Normalbesoldeten, so wie sie der Gesetzgeber vor Augen hatte, herzustellen.
Rein rechnerisch ergibt sich vielmehr, daß eine Verdienstgrenze, die heute 3,5 mal so groß ist wie die Beitragsbemessungsgrenze, dieser Absicht entspricht. Danach beliefe sich die Verdienstgrenze im Rahmen von § 75b Satz 2 HGB im Jahre 1967 z.B. auf 58.800 DM. Stellt man sie der Grenze gegenüber, die nach der alten Methode errechnet wurde (22.780 DM), so ergibt sich noch einmal deutlich, wie obsolet diese alte Methode war. Das gleiche gilt natürlich entsprechend auch für die anderen Jahre.
Daher ist den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts zu einer neuen Verdienstgrenze nur hinsichtlich der Methode, nicht aber im gewonnenen Ergebnis zuzustimmen.

Der Mangel in der vorliegenden Rechtsfortbildung des BAG liegt also primär darin, daß es eine Lücke im Gesetz, die es selbst geschaffen hat, nicht beseitigt. Zum zweiten ist die von ihm erörterte neue Berechnungsmethode zu niedrig.
Einige Autoren vertreten aber die Auffassung, daß dies kein Fehler ist, weil das Gericht generell

---

1) Der Grund liegt darin, daß die zahlenmäßig viel stärkeren Arbeiter erheblich weniger verdienen als Angestellte.
Der durchschnittliche Industriearbeiter verdiente z.B. im Jahre 1971 mit 15.360 DM rund 1/4 weniger als der durchschnittlich verdienende Angestellte (siehe bei Jäger, Sozialversicherungsrecht, S.21).

nicht berechtigt sei, über neue Berechnungsmethoden zu entscheiden, sondern daß dies vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers sei.[1)]

Zu dieser Frage kann im wesentlichen auf die Erörterungen im allgemeinen Teil dieser Arbeit verwiesen werden. Geht man von der unbestrittenen Notwendigkeit des Richterrechts in den Fällen aus, in denen ein Rechtsnotstand wegen der Untätigkeit des Gesetzgebers vorliegt oder vorzuliegen droht, so kann es nicht richtig sein, dem Richter aufzugeben, bei der Beseitigung dieser Lage auf halbem Wege stehenzubleiben. Nichts anderes ist es aber doch, wenn man ihm gestattet, sich zwar gegen eine gesetzliche Regelung zu entscheiden, ihm aber verwehrt, die vielleicht dadurch entstehende Lücke zu beseitigen. Die Folgen solch einer Ansicht, wurden am vorliegenden Fall geschildert. Der Notstand wurde nicht beseitigt, er hält unvermindert an, wenngleich die Ursache dafür auch nicht mehr die gleiche ist.

Auch der Vorwurf der Willkür ist nicht geeignet, dem Richter das Recht zur Neufestsetzung oder zur Festsetzung von Grenzen im Rahmen seiner Rechtsfortbildung zu bestreiten.[2)]

Denn von einer willkürlichen Festlegung kann bei der Frage der Verdienstgrenze bei § 75b Satz 2 HGB überhaupt nicht gesprochen werden, wenn man sich dabei an dem gesetzlichen Willen orientiert.

Zudem ist der Willkürvorwurf, der häufig gegen die Festsetzung von Grenzen im Rahmen der richterlichen Rechtsfortbildung ins Feld geführt wird[3)], generell

---

1) So Wiedemann, Anm. zu BAG 30.5.1969 2b der Anm.; Beitzke, Anm. zu BAG 6.12.1968; ähnlich Pestalozza, BB 71, 1415 (1420); Seiter, ZfA 70, 355 (407)

2) So aber Wiedemann, a.a.O.

3) Siehe die Kritik an der BAG-Rechtsprechung zu den Gratifikationsrückzahlungsklauseln z.B. bei Larenz, Kennz. geglückter richterl. Rechtsfortbildung, S.12

nicht geeignet, einem Gericht dieses Recht zu verwehren. Letzten Endes ist jede Grenzziehung, auch die durch den Gesetzgeber, willkürlich. Zu Recht stellt Gamillscheg[1] die Frage, ob nicht die richterliche Präzisierung um so wichtiger sei, je willkürlicher sie erscheine; denn das sei doch ein Zeichen dafür, daß anerkannte Bewertungsmaßstäbe im Rechtsempfinden der Menschen nicht vorhanden seien und es deshalb auf die Klärung durch den Richter ankomme.
Hinzu kommt, daß eine solche Festsetzung im höchsten Maße der Rechtssicherheit dient.[2] Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 75b Satz 2 HGB ist ein Beispiel dafür, welche Verunsicherung eintreten kann, wenn sich das Gericht nicht auf eine Grenze festlegen will. Hätte sich das BAG eindeutig entschieden, hätte es eine neue Verdienstgrenze bestimmt, dann wäre diese Situation nicht eingetreten. So aber ist das Gericht auf halbem Wege in seiner Rechtsfortbildung stehengeblieben.

Die richterliche Rechtsfortbildung im Bereich von § 75b Satz 2 HGB ist deshalb nicht geglückt.

---

1) Gamillscheg, RdA 68, 407 (408)
2) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, 1.Bd., S.313

§ 5 Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur analogen Anwendung der §§ 74ff HGB auf Wettbewerbsabreden mit sonstigen Arbeitnehmern

Betrachtet man die gesetzlichen Regelungen der Wettbewerbsverbote für die einzelnen Arbeitnehmergruppen, so ergibt sich ein uneinheitliches Bild. Während für die kaufmännischen Angestellten auf diesem Rechtsgebiet in den §§ 74ff HGB eine eingehende Regelung erfolgt ist, regelt die Generalklausel des § 133f GewO diese Materie für die technischen Angestellten nur unzulänglich. Eine spezielle gesetzliche Vorschrift für die sonstigen Arbeitnehmer fehlt gänzlich. Wettbewerbsabreden mit dieser Gruppe sind daher unmittelbar nur an dem Gebot der guten Sitten (§ 138 BGB) zu messen.
Bei dieser Rechtslage konnte es nicht ausbleiben, daß sich die Gerichte mit der Frage beschäftigen mußten, ob die Normen des Handelsgesetzbuches auch bei Abreden mit technischen Angestellten und sonstigen Arbeitnehmern Anwendung finden können.

1. Darstellung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

1. Keine Analogie

Über einen langen Zeitraum hinweg hat das Bundesarbeitsgericht, in Fortführung der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts[1], jegliche Anwendung der §§ 74ff HGB auf Wettbewerbsabreden mit anderen Arbeitnehmern als mit Handlungsgehilfen verneint.[2]

---

1) RAG 12.6.1940
2) BAG 21.2.1957
BAG 3.3.1959
BAG 11.2.1960
BAG 20.4.1961
BAG 21.3.1964
BAG 17.4.1964

Im Verlauf dieser Rechtsprechung wird deutlich, daß das BAG das Unbefriedigende, das sich aus den verschiedenen Regelungen ergibt, nicht verkennt. Es glaubt aber gleichwohl, daß es nicht Aufgabe des Richters sein könne, eine vom Gesetzgeber bisher nicht geänderte Regelung durch Urteilsspruch zu ändern oder zu beseitigen.[1)]

Dieser Verzicht auf richterliche Rechtsfortbildung wird besonders deutlich im Urteil vom 11.2.1960. Nach einem Hinweis auf die vielschichtigen Interessenlagen der einzelnen Arbeitnehmergruppen, die eine Analogie nicht ohne weiteres zulassen, wird ausgeführt[2)], daß eine Entscheidung darüber, ob die derzeitige gesetzliche Regelung rechtspolitisch wünschenswert und zweckmäßig sei, allein Sache des Gesetzgebers, nicht aber der Gerichte wäre. Es könne daher nicht deren Aufgabe sein, das Recht der Wettbewerbsverbote neu zu gestalten. Ein solches Verfahren falle nicht mehr in den Rahmen einer zulässigen Fortbildung des Rechts, sondern stelle eine Neugestaltung dar und überschreite damit die der rechtsprechenden Gewalt gesetzten Grenzen.

Das BAG beurteilt also zunächst Wettbewerbsabreden mit gewerblichen Angestellten allein nach § 133f GewO und solche mit sonstigen Arbeitnehmern allein nach § 138 BGB. Diese strenge Dreiteilung erfährt dann aber gleichwohl eine gewisse Durchbrechung. Der Grund dafür ist darin zu sehen, daß sowohl § 133f GewO mit dem Begriff der "unbilligen Fortkommenserschwer", als auch besonders § 138 BGB mit dem "Verstoß gegen die guten Sitten" unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, die zu konkretisieren sind.

Diese Konkretisierung hat das Bundesarbeitsgericht in der Form vorgenommen, daß es im Bereich des § 133f GewO auch auf die Wertmaßstäbe der §§ 74ff HGB und im

---

1) BAG 3.3.1959 am Anfang der Entsch.Grd.
2) Unter 3 der Entsch.Grd.

Bereich des § 138 BGB auch auf die Wertmaßstäbe der §§ 74ff HGB und des § 133f GewO zurückgegriffen hat.

So ist dann wiederholt ausgeführt worden, daß Wettbewerbsabreden mit gewerblichen Arbeitern gegen die guten Sitten verstoßen, wenn das Wettbewerbsverbot örtlich, zeitlich oder gegenständlich zu einer unangemessenen Beschränkung der beruflichen Bewegungsfreiheit des Arbeitnehmers führen, wobei das Fehlen einer Karenzentschädigung von besonderer Bedeutung sein könne.[1] Ebenso könne eine sehr lange Dauer des Verbots und eine fehlende Karenzentschädigung in einer Wettbewerbsabrede mit gewerblichen Angestellten eine unbillige Fortkommenserschwer im Sinne von § 133f GewO bedeuten.[2]

2. Übernahme allgemeiner Rechtsgedanken

Im Jahre 1966 nun geht die Rechtsprechung über die bloße Ermittlung von Wertmaßstäben für die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe hinaus. In mehreren Entscheidungen wird ausgeführt, daß sowohl § 74a I Satz 1 HGB (Unverbindlichkeit eines Wettbewerbsverbots, wenn es nicht zum Schutz eines berechtigten geschäftlichen Interesses des Prinzipals dient)[3], als auch § 74a I Satz 3 HGB (Unverbindlichkeit eines Wettbewerbsverbots, das für einen größeren Zeitraum als 2 Jahre vereinbart wird)[4] allgemeine Rechtsgedanken enthielten, die für alle arbeitsrechtlichen Wettbewerbsverbote Gültigkeit hätten. Später hat das Bundesarbeitsgericht auch noch § 75 I HGB

---

1) BAG 3. 3.1959
BAG 19. 1.1961
BAG 22.11.1965
BAG 29. 4.1966
2) BAG 20.4.1961
BAG 21.3.1964
3) BAG 28. 1.1966
BAG 2.12.1966
4) BAG 2.12.1966

(der Arbeitnehmer kann sich bei berechtigter außerordentlicher Kündigung vom Wettbewerbsverbot lösen) einen allgemeinen Rechtsgedanken entnommen.[1)]
Diese neue Auffassung über das Verhältnis der §§ 74ff HGB zu den Wettbewerbsabreden mit anderen Arbeitnehmern wird mehrfach bestätigt.[2)] Trotz dieser Übernahme allgemeiner Rechtsgedanken aus den Normen des Handelsgesetzbuches liegt nach Ansicht des BAG kein Bruch in der Rechtsprechung vor. Es wird vielmehr betont, daß trotz der Anwendung solch allgemeiner Grundsätze weiter daran festzuhalten sei, daß es Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der Gerichte wäre, dem gewerblichen Angestellten und den sonstigen Arbeitnehmern ein gleich gutes Recht der Wettbewerbsvereinbarungen zu gewähren, wie sie §§ 74ff HGB für Handlungsgehilfen enthalten.[3)]

3. Analoge Anwendung der §§ 74ff HGB

Dieser Bruch der Rechtsprechung wird dann jedoch im Jahre 1969 vom Bundesarbeitsgericht vollzogen.

Aufgrund einer Beratung vom 7.2.1969[4)] entschließt sich der 3. Senat einige Normen aus dem HGB auf alle Arbeitnehmer entsprechend anzuwenden. Die Gründe für diese Wandlung finden sich im Urteil vom 13.9.1969, in dem die §§ 74 II und 74a I Satz 3 HGB auf Wettbewerbsverbote mit allen Arbeitnehmern analog angewandt werden.
Der Senat führt zunächst aus, daß die Regelung des Rechts der Wettbewerbsverbote von Beginn an lückenhaft gewesen sei, weil sie nur die Gruppe der kaufmännischen Angestellten und Handlungslehrlinge erfaßt. Aus der Entstehungsgeschichte der §§ 74ff HGB ergebe sich, daß der Gesetzgeber die technischen Angestellten

1) BAG 18.2.1967
2) Siehe z.B. BAG 16.12.1966
3) BAG 2.12.1966 III 1b der Entsch.Grd.
4) Siehe im Urteil BAG 16.5.1969 II 1 der Entsch.Grd.

zunächst bewußt nicht mit in die getroffene Regelung einbezog, obwohl die für diese Gruppe vorliegende Norm des § 133f GewO als reformbedürftig angesehen wurde. Die Verhältnisse der beiden Gruppen erachtete man aber als so verschieden, daß diese Ausklammerung gerechtfertigt erscheine. An Wettbewerbsverbote mit anderen Arbeitnehmern hatte der Gesetzgeber überhaupt nicht gedacht.[1)]

Aus dieser gewollten oder in Kauf genommenen Differenzierung des Rechts der Wettbewerbsverbote für die verschiedenen Arbeitnehmergruppen - so wird weiter dargelegt - habe sich im Laufe der Zeit eine nachträglich entstandene offene Regelungslücke entwickelt.

Der Senat hebt die Bedeutung des Wettbewerbsverbots sowohl für technische Angestellte, als auch für einen großen Teil der sonstigen Arbeitnehmer, und daraus resultierend, die gleiche Schutzbedürftigkeit aller Arbeitnehmer hervor. Für eine differenzierende Behandlung finde sich daher kein vernünftiger Grund. Denn viele Arbeitgeber müßten heute in immer größerem Maße kaufmännische und technische Arbeitskräfte zugleich beschäftigen. Daraus ergebe sich, daß bei Wettbewerbsvereinbarungen die Frage immer mehr in den Hintergrund trete, ob der betreffende Arbeitnehmer kaufmännischer oder technischer Angestellter sei. Entscheidender sachlicher Grund für die Vereinbarung von Wettbewerbsverboten sei für den ArbGeb vielmehr die fachliche Qualifikation des jeweiligen ArbN. Aus diesem Grunde habe sich auch die Anzahl von Wettbewerbsverboten mit Arbeitnehmern erhöht, die weder kaufmännische noch technische Angestellte seien.[2)]

Mit diesem wachsenden Bedürfnis der Arbeitgeber gehe die wachsende Schutzbedürftigkeit aller Arbeitnehmer vor untragbaren Wettbewerbsverboten einher.

Hinzu kommt nach Auffassung des Senats eine geänderte

---

1) BAG 13.9.1969 V 2 der Entsch.Grd.
2) BAG 13.9.1969 V 3a der Entsch.Grd.

soziologische Struktur, derzufolge die Unterschiede zwischen kaufmännischen und den technischen Angestellten einerseits und zwischen diesen Angestellten und den anderen Arbeitnehmern andererseits bei weitem nicht so ausgeprägt seien wie früher. Somit seien die Interessenlagen, entgegen der bisherigen Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, gleich.
Die planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des Wettbewerbsrechts von gewerblichen Angestellten und den sonstigen Arbeitnehmern sei daher durch eine entsprechende Anwendung der §§ 74ff HGB zu schließen.
Aus diesem Grund wendet der 3.Senat in dem Urteil auf eine Wettbewerbsabrede zwischen einem selbständigen und einem bei diesem angestellten Rechtsanwalt sowohl § 74 II HGB, als auch § 74a I Satz 3 HGB analog an.

Diese Auffassung wird in der Folgezeit bestätigt.[1)]
Es wird klar herausgestellt, daß die gesamte Regelung des Handelsgesetzbuches auf dem Gebiet der Wettbewerbsvereinbarung entsprechende Anwendung auch auf nicht kaufmännische Angestellte findet.[2)]
Dieser Grundsatz wird dann konsequenterweise auch auf die Vereinbarung einer Mandantenschutzklausel ausgedehnt.[3)] Denn da die Mandantenschutzklausel ähnlich wie das Wettbewerbsverbot die Freiheit des Einzelnen in der Ausübung seines Berufs nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einschränke, müsse auch der arbeitsrechtliche Schutz des ArbN der gleiche sein.[4)]

Der Verlauf dieser Rechtsprechung zeigt deutlich, wie sich die Einstellung des Bundesarbeitsgerichts zum Problem des Richterrechts auf diesem Rechtsgebiet im Laufe der Zeit geändert hat. Nachdem über Jahre

---

1) In BAG 16.5.1969 wird § 74c HGB entsprechend auf eine Wettbewerbsvereinbarung mit einem technischen Angestellten angewandt
2) BAG 2.5.1970
3) BAG 16.7.1971
   BAG 26.11.1971 (2)
4) BAG 16.7.1971 II 2b der Entsch.Grd.

hinweg die Rechtsfortbildung unter Hinweis auf die Aufgaben des Gesetzgebers verweigert wurde, steht an ihrem Schlußpunkt die vollkommene Regelung der Wettbewerbsvereinbarungen für die gesamte Arbeitnehmerschaft.

II. Die Ansichten über dieses Problem in der Literatur

Wie in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, so ist auch in der Literatur ein Wandel der Anschauungen im Verlauf der Jahre festzustellen. Man kann sagen, daß sich die Ansicht des BAG - zumindest in den Grundsätzen - in Übereinstimmung mit der jeweils herrschenden Lehre befindet, was allerdings nicht ausschließt, daß sie in ihrer jeweiligen Ausprägung Kritik erfährt.

1. Keine analoge Anwendung der §§ 74ff HGB

Die Autoren, die jegliche analoge Anwendung der handelsrechtlichen Vorschriften verneinen und damit die früher herrschende Lehre repräsentieren, stützen ihre Ansicht - ähnlich wie das Bundesarbeitsgericht zu Beginn seiner Rechtsprechung - im wesentlichen auf vier Argumente.

a) Die Entstehungsgeschichte des Rechts der Wettbewerbsabreden

Daraus, so wird argumentiert, daß der Gesetzgeber die technischen Angestellten und sonstigen Arbeitnehmer ausdrücklich von der Neuregelung dieses Rechtsgebiets ausnahm und für diese Gruppen eine selbständige gesetzliche Regelung treffen wollte, ergebe sich ein Analogieverbot. Es griffen vielmehr die Grundsätze des argumentum e contrario ein.[1] Ein Analogieverbot ergebe sich auch aus § 83 HGB.[2]

---

1) Götz Hueck, Anm. zu BAG 29.4.1966; Hefermehl, Anm. zu BAG 11.2.1960
2) Meilicke, DB 70, 396

b) Keine Lücke im Gesetz

Andere Autoren verneinen zudem schon die erste Voraussetzung für eine Analogie, nämlich eine Lücke im Gesetz. Die Regelungen für technische Angestellte (§ 133f GewO) und sonstige Arbeitnehmer (§ 138 BGB) seien zwar zugegebenermaßen verbesserungsbedürftig, eine unvollständige Regelung liege aber gar nicht vor.[1] Es handle sich um einen rechtspolitischen Fehler, nicht um eine Gesetzeslücke.

c) Die §§ 74ff HGB als nicht analogiefähige Sondervorschriften

Sehr häufig findet man ferner das Argument, daß die §§ 74ff HGB Sondervorschriften seien und sich deshalb eine analoge Anwendung auf andere Bereiche verbiete.[2]

d) Die unterschiedlichen Verhältnisse

Viertens wird - wie es auch das Bundesarbeitsgericht häufig getan hat[3] - einfach darauf hingewiesen, daß die Voraussetzungen für eine Analogie nicht vorlägen, weil die Verhältnisse bei den einzelnen Arbeitnehmergruppen zu verschieden seien, um die gesetzliche Regelung für eine Gruppe auf die anderen Gruppen zu übertragen.[4]

---

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht 1.Bd., S.259; Meilicke, DB 70, 396
2) Grüll, Konkurrenzklausel, S.19, 47; Löffl, Behandlung unzulässiger Wettbewerbsverbote,S.18; Bydlinski, Anm. zu BAG 22.11.1965; Hefermehl, Anm. zu BAG 11.2.1960
3) BAG 11.2.1960
BAG 19.1.1961
BAG 20.4.1961
4) Würdinger in Großkomm. HGB § 74 Anm.1; Hohn, DB 63, 1500 (1503); Götz Hueck, Anm. zu BAG 4.10.1958; Hefermehl, Anm. zu BAG 11.2.1960; Hefermehl, Anm. zu BAG 19.1.1961

2. Analoge Anwendung der §§ 74ff HGB

Die herrschende Ansicht in der Literatur geht heute allerdings in Übereinstimmung mit dem Bundesarbeitsgericht davon aus, daß die Regelung des Wettbewerbsverbots für andere ArbN, als kaufmännische Angestellte, lückenhaft sei und diese Lücke im Wege der Rechtsfortbildung durch eine Analogie geschlossen werden müsse. Die Voraussetzung dafür, daß nämlich die Verhältnisse bei den einzelnen Arbeitnehmergruppen gleich seien, wird uneingeschränkt bejaht.[1)]
Es wird zum Teil sogar auf eine größere Schutzbedürftigkeit der technischen Angestellten hingewiesen, weil bei deren eng umgrenzten Arbeitsgebiet die Beeinträchtigung durch eine Konkurrenzklausel in der Regel größer sei, als bei kaufmännischen Angestellten.[2)]
Der methodisch richtige Ansatzpunkt liegt nach dieser Auffassung nicht in der Gleichheit oder Verschiedenheit im Betätigungsfeld der kaufmännischen Angestellten oder sonstigen Arbeitnehmer, sondern in der Gleichheit oder Verschiedenheit der jeweils zu wertenden Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberinteressen.[3)] Bei dieser Interessenabwägung gelangt man dann zu dem Ergebnis, daß der ArbGeb durch die Konkurrenztätigkeit eines ehemaligen ArbN geschädigt werden könne und zwar unabhängig davon, in welche Arbeitnehmergruppe dieser einzuordnen sei. Auf der anderen Seite sehe der ArbN durch ein Wettbewerbsverbot seine Chancen am Arbeitsmarkt bei Verwendung seiner Kenntnisse und Fähigkeiten beeinträchtigt. Diesen Nachteil wolle er gering halten, und zwar gleichgültig, ob er kaufmännischer Angestellter, technischer Angestellter oder sonstiger Arbeitnehmer ist.[4)]

---

1) Landmann-Rohmer-Neumann, GewO, § 133f Rdn. 21a; Grossmann-Schneider, Arbeitsrecht, Rdn. 426; Schlegelberger-Schröder, HGB Bd.II,§ 74 Rdn.1a; Neumann, Information 73, 113; Korbmacher, BB 63, S.1016; Wiedemann-Steinberg, Anm. zu BAG 13.9.1969
2) Günther, NJW 60, 946 (947)
3) Hofmann, Anm. zu BAG 16.5.1969 1 der Anm.
4) Hofmann, a.a.O., 2 der Anm.

Nach dieser herrschenden Ansicht liegt also eine völlige Gleichheit der Interessen beider Seiten vor und damit sei die Analogie geboten.
Strittig ist jedoch nun, welche Form der Analogie zu wählen ist.

a) Die Regelungsanalogie

Die überwiegende Auffassung begrüßt die vom Bundesarbeitsgericht am Schluß seiner Rechtsprechung vorgenommene Regelungsanalogie, d.h. die entsprechende Anwendung aller gültigen handelsrechtlichen Normen zum Wettbewerbsverbot[1] auf Abreden mit allen anderen Arbeitnehmern.[2]
Die Begründung dafür wird in eben der gleichen Interessenlage, vor allen Dingen aber auch in der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit als Folge dieser "Totalanalogie" gesehen.

b) Die Einzelanalogie

Eine Mindermeinung dagegen sieht in dem Vorgehen des BAG eine unangemessen weite Ausdehnung der Analogie und plädiert stattdessen für eine vorsichtige Einzel- bzw. Gesetzesanalogie.[3]
An den 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts wird in diesem Zusammenhang der Vorwurf gerichtet, er vernachlässige mit der Regelungsanalogie die Einzelfallgerechtigkeit zugunsten der Rechtssicherheit.[4] Schlüter erhebt die

---

1) Ausnahmen bilden wegen der Verfassungswidrigkeit § 75b Satz 2 (siehe § 4 der Arbeit), § 74a II (der aus dem gleichen Grund verfassungswidrig ist) und möglicherweise auch § 75 III (siehe dazu § 4 III 1 der Arbeit)
2) Diederichsen, Anm. zu BAG 13.9.1969; Pleyer, Anm. zu BAG 16.5.1969; Monjau, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd.7, 75 (86) unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren Ansicht (RdA 68,208ff); Wiedemann-Steinberg, Anm. zu BAG 13.9.1969
3) Buchner, Anm. zu BAG 2.5.1970
4) Schlüter, Das obiter dictum, S.191

Forderung, daß der Senat zur fallbezogenen Begründungsweise zurückkehren solle. Bei seinen Urteilen habe nie die Notwendigkeit bestanden, die Normen des Handelsgesetzbuches auf alle Arbeitnehmer anzuwenden, genauso wenig, wie er die gesamte Regelung der §§ 74ff HGB für entsprechend anwendbar erklären brauchte.[1)]

aa) Die Einzelanalogie auf Wettbewerbsabreden mit technischen Angestellten

Der Frage, welche Art von Analogie am besten für die Lösung des Problems geeignet ist, nimmt sich auch Kablitz in seiner ausführlichen Untersuchung an.[2)]

Er prüft zunächst die pauschale analoge Anwendung auf Wettbewerbsabreden mit technischen Angestellten.[3)] Dabei gelangt der Autor zu dem Ergebnis, daß grundsätzlich alle Normen entsprechende Anwendung finden, bis auf eine - allerdings sehr bedeutende - Ausnahme. Nach seiner Auffassung sind § 74a I Satz 3 HGB und die damit in Wechselbeziehung stehenden Bestimmungen nicht generell analogiefähig. Im Rahmen einer Wettbewerbsabrede mit technischen Angestellten könne durchaus eine längere Befristung als 2 Jahre wirksam vereinbart werden; das gelte für solche Angestellte, die an zentraler Stelle innerhalb der Forschungs-, Entwicklungs-, Planungs- oder Produktionsabteilung beschäftigt sind.[4)] In diesen Fällen läge wegen des enormen Schutzinteresses seitens des Arbeitgebers ein solch großer Unterschied zu den Verhältnissen bei kaufmännischen Angestellten vor, daß eine Analogie nicht gerechtfertigt sei.
Kablitz führt dazu aus, daß es durchaus möglich sei, daß bei langwierigen Entwicklungsarbeiten eine bedeutende Entdeckung bereits zu Beginn gemacht würde,

---

1) Schlüter, a.a.O.
2) Kablitz, Analoge Anwendung der §§ 74ff HGB
3) Kablitz, a.a.O., S.54ff
4) Kablitz, a.a.O., S.77ff

während die Entwicklung selbst noch längere Jahre in Anspruch nehmen könne. Zur Wahrung eines solchen Betriebsgeheimnisses könne von technischen Angestellten ein länger als 2 Jahre befristetes Wettbewerbsverbot verlangt werden.
Konsequenterweise lehnt der Verfasser dann auch die generelle Analogie der Normen ab, die mit § 74a I Satz 3 HGB in Wechselwirkung stehen. So müßte nach seiner Ansicht z.B. bei einem dreijährigen Wettbewerbsverbot die Karenzentschädigung wegen der größeren Nachteile für den Arbeitnehmer im 3.Jahr höher sein, als es § 74 II HGB vorschreibt. Desgleichen könnte dann die Anrechnungsautomatik des § 74c HGB nicht uneingeschränkt angewandt werden, sondern die höhere Entschädigung im 3. Jahr müßte dann eventuell anrechnungsfrei bleiben.

bb) Die Einzelanalogie auf Wettbewerbsabreden mit gewerblichen Arbeitern

Kablitz befaßt sich dann mit der pauschalen analogen Anwendung der §§ 74ff HGB auf Wettberwerbsverbote mit gewerblichen Arbeitern.[1)]
In diesem Bereich sieht er nur zwei Normen, bei denen eine Analogie auf Schwierigkeiten stößt. Bei § 74 II HGB sei zu beachten, daß der Angestellte ein monatliches Gehalt beziehe, während der Arbeiter in aller Regel ein auf Stunden- oder Akkordlohnsätzen beruhenden Wochen- oder Monatslohn erhalte, dessen Höhe zudem Schwankungen unterworfen sein kann. Um eine gerechte Lösung zu bekommen, fordert Kablitz neben § 74 II HGB für die Berechnung weiterhin § 11 II BUrlG entsprechend anzuwenden.
§ 74b I HGB ist nach seiner Auffassung deshalb nicht analog anwendbar, weil ein Großteil der Arbeitnehmer keinen Monats-, sondern einen Wochenlohn bekommt.

---

1) Kablitz, a.a.O., S.120ff

c) Die Rechtsanalogie

Eine dritte Ansicht nun will die entstandene Lücke im Wege der Rechtsanalogie, d.h. mit Hilfe allgemeiner Rechtsgedanken schließen.[1)]
Canaris führt dazu aus, daß die §§ 74ff HGB subtile Einzelheiten enthielten und es sich daher um einen gesetzgeberischen Dezisionsakt mit geringer Überzeugungskraft handle. § 90a HGB zeige, daß das Wettbewerbsverbot zwar in den Grundgedanken einheitlich, in der Einzelausformung dagegen differenziert sei. Daher käme man mit der Rechtsanalogie - der Übertragung eines induktiv gewonnenen allgemeinen Rechtsgedankens - als der flexibleren Lösung einer gerechten Entscheidung am nächsten, was bei den anderen Methoden wegen der Überbetonung von Rechtsklarheit und Praktikabilität nicht der Fall sei.[2)]

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, daß die herrschende Meinung in der Literatur in Übereinstimmung mit dem Bundesarbeitsgericht beim Wettbewerbsverbotsrecht mit anderen Arbeitnehmern als den kaufmännischen Angestellten eine Lücke annimmt. Der Weg jedoch, wie diese Lücke zu schließen ist, bleibt umstritten.

III. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

1. Rechtsfortbildung praeter legem

Sowohl das Bundesarbeitsgericht als auch die seiner Auffassung zustimmende Literatur, gehen augenscheinlich davon aus, daß die Rechtsprechung zur analogen Anwendung der §§ 74ff HGB in die Rubrik der Rechtsfortbildung praeter legem einzuordnen sei.

---

1) Canaris, Anm. zu BAG 13.9.1969; Gumpert, BB 67, 1251 (1254); Duden, Anm. zu BAG 18.2.1967 b am Anfang der Anm.
2) Canaris, Anm. zu BAG 13.9.1969

Das BAG führt aus[1], bei der Regelung des Rechts der Wettbewerbsverbote sei hinsichtlich der technischen Angestellten und sonstigen Arbeitnehmer von einer nachträglich entstandenen offenen Regelungslücke auszugehen und diese Lücke sei dann eben im Wege der Regelungsanalogie zu schließen.[2]
Dabei ist allerdings auf eine Ungereimtheit hinzuweisen, wenn nämlich der Senat im gleichen Urteil zu Beginn[3] darauf hinweist, daß die Regelung des Rechts der Wettbewerbsverbote von Anfang an lückenhaft gewesen sei.
Die Mehrzahl der Autoren erwähnt nur kurz das Vorhandensein einer Lücke, ohne dafür allerdings eine nähere Begründung anzuführen.
Diese Ansicht steht im Gegensatz zur älteren Rechtsprechung und Literatur, die, aus der Gesetzesgeschichte folgernd, in der fehlenden Regelung allenfalls einen rechtspolitischen Fehler sahen, der von der Rechtsprechung nicht zu beseitigen sei.
Daher ist zunächst der Frage nachzugehen, ob im Bereich des Rechts der Wettbewerbsabreden tatsächlich eine nachträgliche Regelungslücke vorliegt, deren Schließen mittels Analogie dann Rechtsfortbildung praeter legem darstellt.
Nachträgliche Regelungslücken entstehen nach allgemeiner Auffassung dadurch, daß durch neue wirtschaftliche oder technische Entwicklungen Fragen auftauchen, die der Gesetzgeber noch nicht hat sehen können, die aber nach der Teleologie des Gesetzes geregelt werden müssen.[4]
Untersucht man nun anhand dieser Kriterien die Gesetzgebung zum Wettbewerbsverbot[5], so ergibt sich, daß die

---

1) BAG 13.9.1969 4 der Entsch.Grd.
2) Zustimmend hinsichtlich der Lücke Canaris, Anm. zu BAG 13.9.1969
3) BAG 13.9.1969 2 der Entsch.Grd.
4) Larenz, Methodenlehre, S.358; Canaris, Lücke im Gesetz, S.135, auf die sich das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich beruft.
5) Siehe dazu die ausführliche Darstellung bei Monjau, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd.7, S.75 (76ff); BAG 13.9.1969

Annahme einer nachträglichen Lücke im Bereich des Rechts der Wettbewerbsabreden nicht haltbar ist.

In der amtlichen Begründung zu dem Gesetz vom 10.Juni 1914, das das Wettbewerbsverbot für Handlungsgehilfen neu regelte, wird klar zum Ausdruck gebracht, daß von einer gleichzeitigen Regelung dieser Materie für technische Angestellte Abstand genommen werde, weil die Verhältnisse bei dieser Arbeitnehmergruppe teilweise anders lägen als bei den kaufmännischen Angestellten. Des weiteren würde die Neuregelung des Wettbewerbsverbots für Handlungsgehilfen bedeutend erschwert, wenn sie zugleich auf alle Angestellten erstreckt würde. Diese Regelung sollte deshalb nur für kaufmännische Angestellte eingeführt und danach geprüft werden, inwieweit sie auf andere Angestellte übertragen werden könnte. Die gewerbliche Neuregelung sollte eine späteren Gesetzgebung vorbehalten bleiben.[1)]
Diese Begründung enthält eindeutig das Verbot die §§ 74ff HGB auf Wettbewerbsabreden mit technischen Angestellten entsprechend anzuwenden, da der Gesetzgeber die Regelung für diese Arbeitnehmergruppe bewußt offengelassen hat. Die Frage, wie Wettbewerbsverbote mit ihr zu behandeln sind, ist daher keine Frage, die erst durch neue wirtschaftliche oder technische Entwicklungen aufgetaucht ist und die der Gesetzgeber daher nicht sehen konnte. Die Legislative hat dieses Problem durchaus erkannt, auf eine Lösung aber noch bewußt verzichtet. Man hat die Unvollständigkeit der Regelung des Wettbewerbsverbots in Kauf genommen. In diesem Sinne ist wohl auch die Äußerung des Bundesarbeitsgerichts zu verstehen, daß die Regelung von Anfang an lückenhaft war. Eine nachträglich entstandene offene Regelungslücke liegt daher aus diesen Gründen im Bereich der technischen Angestellten nicht vor. Vielmehr liegt von

---

1) Monjau, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd.7, 75 (77) unter Hinweis auf RTDrucks. XIII. Legislaturperiode Nr.575, Anlage Sten.Ber. Nr.534-652, S.278; ebenso BAG 13.9.1969 2 der Entsch.Grd.

Beginn an eine bewußte offene Regelungslücke vor, wobei es der Gesetzgeber untersagte, diese Lücke im Wege der Analogie zu schließen. Sie sollte vielmehr im Gesetzgebungsverfahren geschlossen werden.[1)]
Zu unterscheiden davon ist die Rechtslage bezüglich der Arbeitnehmer, die weder kaufmännische noch technische Angestellte sind. In den damaligen Diskussionen werden sie überhaupt nicht erwähnt, augenscheinlich deshalb, weil Wettbewerbsverbote mit solchen Arbeitnehmergruppen nicht praktisch wurden.[2)] Hier ist in der Tat aufgrund neuerer Entwicklungen eine Frage aufgetaucht, die der Gesetzgeber nicht sehen konnte. Hätte er sie jedoch gesehen, so wäre seine Entscheidung nicht anders ausgefallen wie bei den technischen Angestellten. Die §§ 74ff HGB sollten seinem Willen entsprechend eben einzig und allein für die Gruppe der Handlungsgehilfen gelten. Eine entsprechende Anwendung dieser Normen auf andere Arbeitnehmergruppen wurde untersagt. Dies erfolgte ausdrücklich für technische Angestellte, muß aber dann erst recht auch für andere Arbeitnehmergruppen gelten.
Weil sich der Gesetzgeber auf diesem Gebiet eine Neuregelung vorbehalten hat, liegt also keine nachträgliche, sondern eine anfängliche bewußte Regelungslücke vor. Da gleichzeitig ein Analogieverbot ausgesprochen wurde, kann eine gleichwohl durchgeführte Analogie keine Rechtsfortbildung praeter legem sein.

2. Rechtsfortbildung contra legem

Aus dem Gesagten folgt jedoch nun noch nicht, daß auf diesem Rechtsgebiet jegliche Rechtsfortbildung unstatthaft und damit die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts falsch ist. Der Ansatzpunkt zur Lösung des Problems liegt vielmehr an einer anderen Stelle.

---

1) Siehe zur anfänglichen bewußten Lücke Larenz, Methodenlehre, S.358
2) BAG 13.9.1969 2 am Ende der Entsch.Grd.

Es ist nämlich die Frage zu stellen, ob der oben beschriebene gesetzgeberische Wille für ein Analogieverbot heute noch zu respektieren ist.
Bei den allgemeinen Erörterungen zum Problem der Rechtsfortbildung contra legem wurde bereits darauf hingewiesen, daß diese Rechtsfortbildung in zwei Varianten auftauchen kann.[1] Neben der Entscheidung gegen die Regelung innerhalb eines Gesetzes beinhaltet sie auch den Fall, daß der Richter das beredte Schweigen des Gesetzes außer acht läßt, daß er sich also über das Prinzip des argumentum e contrario hinwegsetzt. Die Intention des Gesetzgebers, einen bestimmten Sachverhalt nicht oder noch nicht regeln zu wollen (auch nicht im Wege der Analogie), wird nicht mehr berücksichtigt. Die Rechtsfortbildung contra legem umfaßt eben alle Fälle, in denen sich das Gericht über den gesetzgeberischen Willen hinwegsetzt, gleichgültig ob sich dieser Wille in einem Gesetz ausdrücklich manifestiert oder ob er der Entstehungsgeschichte eines Gesetzes zu entnehmen ist.
Auf das vorliegende Problem bezogen bedeutet dies, daß das Gericht trotz der entgegengesetzten Entscheidung des Gesetzgebers die §§ 74ff HGB analog anwenden kann, wenn sich die tatsächlichen Umstände so entwickelt haben, daß eine Analogie unbedingt erforderlich ist und andernfalls ein rechtlicher Notstand vorliegen würde. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist zu bejahen.
Die Verhältnisse innerhalb der einzelnen Arbeitnehmergruppen sind heute - was das Wettbewerbsverbot anbelangt - nicht mehr so verschieden wie es der Gesetzgeber noch im Jahre 1914 angenommen hatte. Die Regelung der §§ 74ff HGB stellt einen Ausgleich zwischen den schutzwerten Interessen des Arbeitgebers einerseits und des Arbeitnehmers andererseits dar und diese

---

1) Siehe § 1 IV der Arbeit

schutzwerten Interessen sind dieselben, gleichgültig, ob der Arbeitgeber eine Wettbewerbsabrede mit einem kaufmännischen Angestellten, einem technischen Angestellten oder einem sonstigen Arbeitnehmer trifft. Bei einem Wettbewerbsverbot mit einem kaufmännischen Angestellten liegt das Interesse des ArbGeb vor allem in der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses, bei Wettbewerbsverboten mit anderen ArbN hauptsächlich in der Wahrung des Betriebsgeheimnisses. Der verfolgte Zweck ist also in allen Fällen gleich: es geht dem ArbGeb um die Sicherung des Betriebsbestands.
Auch die Verhältnisse auf seiten der ArbN sind gleich. Wenn sie sich zu einem Wettbewerbsverbot verpflichten, sind ihre Chancen am Arbeitsmarkt gleichermaßen gering, also muß auch der Nachteilsausgleich grundsätzlich gleich sein. Inwiefern bei der Ausgestaltung einer Wettbewerbsabrede mit einzelnen Arbeitnehmergruppen gleichwohl noch spezifische Eigenarten zu berücksichtigen sind, soll im Anschluß hieran, bei der Frage nach der Art der Analogie, untersucht werden. An dieser Stelle ist zunächst festzuhalten, daß aus den genannten Gründen heute grundsätzlich eine Analogie - entgegen dem Willen des Gesetzgebers - geboten ist. Trüge man diesem Erfordernis nicht Rechnung, so läge auf dem Gebiet des Wettbewerbsverbots ein Rechtsnotstand vor.[1)]
Diese Notstandssituation würde dann sowohl aus der Ungerechtigkeit (gleichgelagerte Sachverhalte werden nicht gleich geregelt) als auch aus der Rechtsunsicherheit resultieren. Vor allem die Rechtssicherheit würde erheblichen Schaden nehmen, wollte man sich auf diesem weitläufigen Gebiet allein mit Generalklauseln zufriedengeben, wenn sich doch die Übernahme einer umfassenden und konkreten Regelung im Wege der Analogie anbietet. Hinzu kommt, daß zu einer sachgerechten Entscheidung oftmals eine

---

1) So auch Schäfer, Wettbewerbsverbot, S.97; Güntner, AuR 64, 8ff.

Überdehnung der Generalklauseln erforderlich ist.[1)]
Aus der Gesetzesgeschichte ergibt sich, daß auch der Gesetzgeber die Unzulänglichkeiten der bestehenden Regelung erkannte. Da er jedoch mit den für die Beseitigung dieser Mißstände erforderlichen Maßnahmen seit über 50 Jahren in Verzug ist, verlangten diese beiden Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit als ultima ratio ein Eingreifen der Gerichte.
Daher hat das Bundesarbeitsgericht richtig gehandelt, als es die §§ 74ff HGB analog anwandte. Es hat dabei allerdings übersehen, daß es sich nicht um eine Rechtsfortbildung praeter, sondern um eine solche contra legem handelt. Es liegt im Bereich des Wettbewerbsverbots keine nachträgliche, sondern eine anfängliche bewußte Regelungslücke vor. Die Entscheidung des Gesetzgebers, vorläufig auf eine Regelung zu verzichten und das daraus resultierende Analogieverbot für die Gerichte ist überholt und daher nicht mehr verbindlich. Aus einer gewollten Lücke ist infolge der gewandelten Verhältnisse eine der Rechtsfortbildung zugängliche "planwidrige Lücke" geworden.[2)]
Eine Analogie scheitert auch nicht daran, daß die §§ 74ff HGB Sondervorschriften sind. Es ist heute unbestritten, daß auch solche Normen auf andere Sachverhalte entsprechend angewandt werden können.[3)]
§ 83 HGB bestätigt nur diese Eigenschaft der §§ 74ff HGB als Sondernormen. Eine eigenständige Bedeutung hat diese Vorschrift nicht.[4)]

---

1) So mit Recht Buchner, Anm. zu BAG 2.5.1970
2) Hilger, Festschr. für Larenz, S.109 (111); die ebenfalls eine Rechtsfortbildung contra legem annimmt.
3) Siehe u.a. BAG 6.4.1955; BGHZ 20.6.1951; Larenz, Methodenlehre, S.329; Hofmann, NJW 69, S.1985 (1990); Reinicke, NJW 54, 1217 (1219); Canaris, Lücke im Gesetz, S.181
4) Hofmann, NJW 69, 1985 (1990)

Einer analogen Anwendung der handelsrechtlichen Normen auf Wettbewerbsabreden mit anderen Arbeitnehmern stehen somit prinzipiell keine Bedenken gegenüber.

3. Die Form der Analogie

Erkennt man grundsätzlich das Analogiegebot an, so ergibt sich nun die weitergehende Frage, welche Form der Analogie zu wählen ist. Dabei bieten sich drei Möglichkeiten an: die Rechtsanalogie, die Einzelanalogie und die Regelungsanalogie. Welcher dieser Arten der Vorzug zu geben ist, ist zu entscheiden anhand zweier Kriterien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit. Es ist die Analogie anzuwenden, die der Verwirklichung dieser beiden Prinzipien am nächsten kommt.

a) Rechtsanalogie

Den Vertretern dieser Ansicht ist darin zuzustimmen, daß mit ihr die Gerechtigkeitsidee gut verwirklicht wird. Zwei Beispiele aus dem Recht der Wettbewerbsabrede mögen aber verdeutlichen, daß dabei die Rechtssicherheit in zu starkem Maße vernachlässigt wird.

Der allgemeine Rechtsgedanke der §§ 74 II, 90a I S.3 HGB besagt, daß eine Wettbewerbsabrede nur dann verbindlich ist, wenn die Zahlung einer Karenzentschädigung vereinbart wird. § 74 II HGB fordert in der speziellen Ausprägung für Handlungsgehilfen dafür die Hälfte der vertragsmäßigen Leistungen, § 90a I Satz 3 HGB für Handelsvertreter eine angemessene Entschädigung. Der allgemeine Rechtsgedanke ist also unterschiedlich konkretisiert worden. Und genau aus dieser noch erforderlichen Konkretisierung erwächst die Rechtsunsicherheit. Ein technischer Angestellter und sein Arbeitgeber können bei einem vereinbarten Wettbewerbsverbot nicht genau wissen, welche Karenzentschädigung in ihrem speziellen Fall ausreichend ist.

Genügen wegen besonderer Umstände 30% oder 40% der vertragsmäßigen Leistung oder sind aus anderen Gründen nicht vielmehr 60% oder 70% erforderlich?
Eine ähnliche Unsicherheit ergibt sich z.B. auch bei der Frage der Befristung. Allgemeiner Rechtsgedanke der §§ 74a I Satz 3, 90a I Satz 2 HGB ist, daß ein Wettbewerbsverbot zeitlich befristet sein muß. Ob nun in den einzelnen Fällen ein Zeitabschnitt von einem, zwei oder drei Jahren wirksam vereinbart werden kann, darüber herrscht dann bei Anwendung dieser Analogieform erhebliche Unklarheit.
Fehl geht in diesem Zusammenhang auch die Argumentation von Canaris[1)], der aus dem Vorhandensein verschiedener Regelungen (siehe §§ 74ff, § 90a HGB) auf das Erfordernis einer grundsätzlichen Differenzierung schließt. Die gleichen Grundgedanken müssen nämlich nur dort verschiedene Ausprägungen erhalten, wo auch die Verhältnisse unterschiedlich sind. Genau hierin liegt der Grund für die von §§ 74ff HGB abweichende gesetzliche Regelung für die Handelsvertreter, die sich vor allen Dingen durch ihre Selbständigkeit (siehe § 84 HGB) von den Handlungsgehilfen unterscheiden. Sind die Verhältnisse jedoch gleich (was nach den obigen Erörterungen bei kaufmännischen Angestellten und den anderen Arbeitnehmergruppen der Fall ist) so bestehen keinerlei Bedenken, nicht nur den allgemeinen Rechtsgedanken einer Norm, sondern die Norm selbst entsprechend anzuwenden.
Betrachtet man die große Bedeutung von Wettbewerbsabreden im heutigen Arbeitsleben, so kann die Rechtsunsicherheit als Folge der Rechtsanalogie nicht hingenommen werden. Diese Analogie scheidet daher im vorliegenden Fall als geeignete Form aus.

---

1) Siehe § 5 II 2c der Arbeit

b) Einzel-/Regelungsanalogie

Somit verbleibt nur noch die Entscheidung zwischen der Einzel- und der Regelungsanalogie. Auch hier dienen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit als Kriterien für die beste Lösung.
Unbestritten ist die Regelungsanalogie am besten dazu geeignet Rechtssicherheit zu gewährleisten. Bei der Einzelanalogie stellt sich für die Beteiligten immer die Frage, ob denn gerade diese oder jene Norm des Handelsrechts auf ihren besonderen Fall entsprechend anwendbar ist oder ob nicht vielmehr andere Grundsätze gelten. Rechtsklarheit liegt nicht in vollem Umfang vor. Die Befürworter der Einzelanalogie verkennen diesen Umstand nicht, sie führen aber aus, daß aus materiellen und formellen Erwägungen heraus ihrer Lösung gleichwohl der Vorzug zu geben ist.

aa) Materiellrechtliche Gesichtspunkte

Zunächst wird darauf hingewiesen, daß die Regelungsanalogie nicht in allen Fällen geeignet ist, Einzelfallgerechtigkeit herbeizuführen.
Als Beispiel für möglicherweise auftretende Ungerechtigkeiten wird hauptsächlich angeführt, daß es Fälle gibt, in denen ein Wettbewerbsverbot länger als zwei Jahre (so § 74a I Satz 3 HGB) befristet werden muß, um einen gerechten Interessenausgleich herbeiführen zu können. Dies betreffe vor allen Dingen technische Angestellte, die mit Forschungsaufgaben betreut werden. Bei dieser Gruppe seien die Verhältnisse eben doch anders als bei den Handlungsgehilfen.[1] Diese Argumentation läuft darauf hinaus, daß es das berechtigte Interesse des Arbeitgebers gebieten kann, z.B. auch eine dreijährige Laufzeit des Wettbewerbsverbots zu vereinbaren, wenn dies zur Wahrung von Betriebsgeheimnissen zwingend notwendig ist.

1) Kablitz, a.a.O.; Günther, NJW 60, 946 (948); Güntner, AuR 64, 8 (13); ebenso Canaris, Anm.zu BAG 13.9.1969

Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen. Sie vernachlässigt in unvertretbarem Maße die Interessen des Arbeitnehmers. Ein Angestellter, der über zwei Jahre im technischen Bereich nicht mehr praktisch tätig geworden ist und somit die Entwicklung neuer Errungenschaften nicht miterlebt hat, wird es äußerst schwer haben, nach diesem Zeitraum eine adäquate Stellung wieder zu erlangen.[1] Das Interesse, seine Chancen am Arbeitsmarkt nicht zu sehr zu verringern, ist also mindestens genauso hoch zu bewerten wie das Geheimhaltungsinteresse seines Arbeitgebers. Der Schutz des ArbGeb ist aus zwei Gründen nicht zu hoch zu veranschlagen. Einerseits bringt es die schnelle Entwicklung der Forschung mit sich, daß Neuentwicklungen schnell veralten, Betriebsgeheimnisse also nicht zu lange gewahrt werden müssen. Andererseits besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit, bahnbrechende Neuerungen patentrechtlich zu schützen.[2] Darüber hinaus haben Gesetz und Rechtsprechung dem Betriebsgeheimnis einen starken Schutz verliehen, auch dann, wenn es nicht zum Patent angemeldet ist.[3] Ein darüber hinausgehender Schutz des ArbGeb zu Lasten des ArbN ist nicht mehr erforderlich. Auch ein Wettbewerbsverbot mit technischen Angestellten darf nur auf höchstens zwei Jahre befristet sein. § 74a I Satz 3 HGB ist also auf diese Arbeitnehmergruppe ebenfalls analog anzuwenden; das gleiche gilt dann natürlich auch für die mit dieser Norm in Wechselwirkung stehenden Vorschriften (§§ 74 II, 74c HGB).

---

1) So auch Monjau, RdA 68, 208 (211)
2) Monjau, RdA 68, 208 (211)
3) Siehe z.B. §§ 1, 17ff UWG
Zur Frage, ob das Betriebsgeheimnis ein Recht i.S. von § 823 I BGB ist, BGHZ 2.12.1962.
Zur gesamten Problematik, siehe Maass, Information und Geheimnis im Zivilrecht, S.100ff

Wie die Untersuchung von Kablitz ergeben hat[1], bestehen gegen die entsprechende Anwendung der übrigen handelsrechtlichen Normen auf Wettbewerbsverbote mit technischen Angestellten richtigerweise keine Bedenken. Zu verzichten ist dabei allerdings auf eine Analogie zu § 74a I Satz 2 und § 74a II HGB, da sich eine gleichlautende Regelung bereits in § 133f I und § 133f II GewO befindet.[2] Da somit alle gültigen Normen der §§ 74ff HGB auf Wettbewerbsabreden mit technischen Angestellten entsprechend anwendbar sind, bestehen gegen eine Regelungsanalogie keine materiellrechtlichen Bedenken.

Die gleiche Rechtslage ergibt sich auch hinsichtlich der analogen Anwendung der §§ 74ff HGB auf Wettbewerbsabreden mit gewerblichen Arbeitern. Auch hinsichtlich dieser Arbeitnehmergruppe kann auf die Ausführungen von Kablitz verwiesen werden, der mit guten Begründungen nachweist, daß hier ebenfalls jede einzelne Norm entsprechend anwendbar ist.[3]
Die beiden Ausnahmen, die der Verfasser annimmt (§§ 74 II, 74b I HGB), vermögen dabei allerdings nicht zu überzeugen.
§ 74 II HGB spricht davon, daß mindestens die Hälfte der vertragsmäßigen Leistungen als Karenzentschädigung zu zahlen sei. Zu diesen Leistungen gehört einerseits als feste Größe das Gehalt und andererseits als wechselnde Bezüge insbesondere Gratifikationen, Gewinnbeteiligungen und Provisionen.[4] Will man diese Norm analog auf Wettbewerbsabreden mit gewerblichen Arbeitern anwenden, so ergibt sich hinsichtlich des konstanten Teils der vertragsmäßigen Leistungen in der Tat eine Schwierigkeit. Zwar werden nach übereinstimmenden Auskünften von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften heute in aller Regel auch die ge-

---

1) Kablitz, a.a.O., S.55ff
2) Wiedemann-Steinberg, Anm. zu BAG 13.9.1969 Anm.2b
3) Kablitz, a.a.O., S.120ff
4) Schlegelberger-Schröder, HGB Bd.II, § 74 Rdn.12

werblichen Arbeiter monatlich entlohnt[1], doch ist ihr Lohn gewissen Schwankungen unterworfen, wobei die Überstunden eine erhebliche Rolle spielen. Da § 74 II HGB nun aber eine feste Größe hinsichtlich der regelmäßigen Leistungen voraussetzt, muß bei einer entsprechenden Anwendung dieser Norm auf Wettbewerbsverbote mit Arbeitern aus deren wechselndem Lohn zunächst einmal diese Größe errechnet werden - einer Analogie stünde dann nichts mehr im Wege. Für eine solche Berechnung bietet sich nun in der Tat die analoge Anwendung von § 11 BUrlG an.[2] Denn sowohl im Falle des Urlaubsentgelts als auch bei der Frage der Karenzentschädigung müssen für die Berechnung eines zukünftigen Entgelts repräsentative Werte aus früheren Einkommen zugrunde gelegt werden.
Wendet man also zunächst § 11 BUrlG analog an, um einen konstanten Lohnbetrag zu erhalten, so steht der entsprechenden Anwendung von § 74 II HGB nichts mehr entgegen.
Auch § 74b I HGB ist entgegen Kablitz analogiefähig. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß diese Norm in Zusammenhang mit § 64 HGB steht. Damit dem Handlungsgehilfen kein Nachteil erwächst, soll die Zahlung der Karenzentschädigung zum gleichen Zeitpunkt erfolgen wie das Gehalt - in der Regel also zum Monatsende. Hinsichtlich beider Vorschriften sind abweichende Vereinbarungen (vgl. § 75d HGB) insoweit zulässig, als sie den Handlungsgehilfen günstiger als bei der gesetzlichen Regelung stellen.[3] Wie wirksam vereinbart werden kann, daß das Gehalt in kürzeren Zeitabschnitten ausbezahlt wird[4], so kann dies auch für die Zahlung der Karenzentschädigung gelten.

---

1) Das geschieht meistens aufgrund einer Betriebsvereinbarung gemäß § 87 I Nr.4 BetrVG 1972
2) So Kablitz, a.a.O., S.155f
3) Schlegelberger-Schröder, HGB Bd.II, § 74b Rdn.3
4) Das ergibt der Umkehrschluß aus § 64 Satz 2 HGB

Es ist bereits ausgeführt worden, daß auch die gewerblichen Arbeiter ihren Lohn monatlich und zwar in der Regel am Monatsende erhalten. Das trifft vor allen Dingen auf die Arbeitnehmer zu, die einen Zeitlohn erhalten und diese Gruppe wird es hauptsächlich sein, für die eine Wettbewerbsabrede von Bedeutung ist.[1] Auch auf diesem Teilgebiet liegen daher keine anderen Voraussetzungen als bei den kaufmännischen Angestellten vor. § 74b I HGB kann daher auf Wettbewerbsabreden mit gewerblichen Arbeitern analog angewandt werden.

Materiellrechtlich bestehen somit gegen eine Regelungsanalogie im Bereich des Rechts des Wettbewerbsverbots sowohl was die technischen Angestellten als auch was die sonstigen Arbeitnehmer betrifft keinerlei Bedenken. Daß die Gleichbehandlung aller ArbN auf diesem Gebiet gerechtfertigt und notwendig ist, hat inzwischen auch der Gesetzgeber eingesehen. Er beabsichtigt die unterschiedlichen Vorschriften der §§ 74ff HGB und des § 133f GewO über Wettbewerbsverbote aufzuheben und sie durch eine an den Gegebenheiten des heutigen Arbeitsrechts ausgerichtete einheitliche Regelung zu ersetzen, die für alle Arbeitnehmer gelten soll. Es ist dies ein Beispiel dafür, wie die durch richterliche Rechtsfortbildung herbeigeführte Lösung eines Problems vom Gesetzgeber übernommen wird und damit eine legislative Bestätigung erfährt.

bb) Formelle Gesichtspunkte

Ist somit der Regelungsanalogie unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten zuzustimmen, so verbleibt noch die Frage, ob das Bundesarbeitsgericht auch formell

---

1) Wettbewerbsabreden mit Akkordlohnarbeitern sind bislang nicht bekannt geworden. Ein dahingehendes Interesse des Arbeitgebers wird auch in aller Regel zu verneinen sein. Die bislang bekannt gewordenen Abreden - deren Zahl bei gewerblichen Arbeitnehmern ohnedies äußerst gering ist - betraf ausschließlich Zeitlohnempfänger.
Siehe dazu die Beispiele bei BAG 13.9.1969 V 3a der Entsch.Grd.

richtig gehandelt hat, als es anhand einer Arbeitnehmergruppe (angestellte Rechtsanwälte) alle Normen des Handelsgesetzbuchs (obwohl es nur auf § 74 II und § 74a I Satz 2 HGB ankam) auf alle Arbeitnehmer für entsprechend anwendbar erklärte.[1] An dieser Stelle setzt die Kritik Schlüters ein.[2]
Schlüter spricht es den Gerichten ab, Aussagen zu treffen, die über den anstehenden Fall hinausgehen. Der Richter könne aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Stellung und Aufgabe der Rechtssicherheit nicht dadurch dienen, daß er ungeachtet der Erfordernisse des Einzelfalls allgemeine in die Zukunft weisende Regeln aufstellt.[3]
Dieser Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen. Der Richter soll zwar allgemeine Grundsätze aufstellen[4], doch müssen die Regeln sich allein an dem zu entscheidenden Fall orientieren. Fraglich ist nun allerdings, ob diese Forderung auch dort ihre Berechtigung hat, wo das Gericht Rechtsfortbildung betreibt und betreiben muß, um einen drohenden oder bestehenden Rechtsnotstand zu beseitigen. Besteht und erschöpft sich die Aufgabe des Richters auch in diesen Fällen tatsächlich nur darin, zu erkennen und auszusprechen, was unter den einzigartigen Umständen des aus dem sozialen Ganzen herausgelösten Sachverhalts dem Recht entspricht?[5]
Ein Rechtsnotstand liegt nach Larenz[6] auch und gerade dann vor, wenn ein als unabweisbar empfundenes Bedürfnis des Verkehrs durch die Rechtsordnung nicht befriedigt wird. Genau diese Situation lag hinsichtlich des Rechts des Wettbewerbsverbots vor der Rechtsprechungsänderung durch das Bundesarbeitsgericht vor.

---

1) BAG 13.9.1969
2) Schlüter, Das obiter dictum, S.191
3) Schlüter, a.a.O., S.56
4) Siehe § 1 V der Arbeit
5) So ausdrücklich Schlüter, a.a.O., S.23
6) Larenz, Methodenlehre, S.401

Die Praxis hatte auf diesem Rechtsgebiet ein großes Bedürfnis sowohl nach Gerechtigkeit als auch nach Rechtssicherheit und -klarheit. Eine Rechtssicherheit, die Orientierungssicherheit und -gewißheit umfaßt[1], war nicht gewährleistet. Es bestand in der Tat ein gesteigertes Bedürfnis zu wissen, wie Wettbewerbsabreden mit Arbeitnehmern, die nicht kaufmännische Angestellte sind, ausgestaltet werden, nachdem der Gesetzgeber über 50 Jahre dazu geschwiegen hat, obwohl er eine Regelung beabsichtigte. Auch die bis dahin geltende Rechtsprechung war kaum dazu geeignet, notwendige Orientierungsdaten zu geben.
Resultiert eine Notstandslage, wie hier, gerade aus der Rechtsunsicherheit, dann muß es den Gerichten zugestanden werden, mit einer Entscheidung zugleich auch Regeln für vergleichbare Fälle aufzustellen, also Grundsätze, die über die Thematik des anstehenden Falls hinausgehen. Eine bloß einzelfallorientierte Entscheidung genügt in diesen Fällen nicht, um einen Notstand, d.h. eine Rechtsunsicherheit, zu beseitigen. Selbstverständlich ist es richtig, wenn Schlüter sagt, daß die Rechtsprechung gar keine "totale Rechtssicherheit" hervorrufen könne.[2] Ihre Aufgabe muß es aber sein, mit den Entscheidungen eine größtmögliche Sicherheit anzustreben. Daher weist Dieterich[3] mit Recht darauf hin, daß im Bereich der richterlichen Rechtsfortbildung obiter dicta dazu geeignet sind, Rechtssicherheit zu erhöhen (bzw. sogar erst zu schaffen) und damit vergeblichen Prozessen und schädigendem Verhalten vorzubeugen. Wäre das BAG nun der Ansicht Schlüters gefolgt, dann wäre im Bereich des Rechts der Wettbewerbsverbote genau der gegenteilige Erfolg eingetreten. Hätte es nur die §§ 74 II, 74a I Satz 3 HGB allein auf Wettbewerbsabreden mit angestellten Rechtsanwälten analog angewandt, so wäre die bereits be-

---

1) Schlüter, a.a.O., S.40
2) Schlüter, a.a.O., S.56
3) Dieterich, RdA 74, 187 (188)

stehende Rechtsunsicherheit nicht nur nicht beseitigt, sondern im Gegenteil nur noch vergrößert worden. Die Folge wäre nämlich gewesen, daß Abreden mit dem größten Teil der Arbeitnehmer weiterhin nach Generalklauseln zu beurteilen gewesen wären, während die kleine Gruppe der angestellten Rechtsanwälte, deren Verhältnisse sich in diesem Bereich nicht von denen anderer Arbeitnehmergruppen unterscheiden, in einem Teilbereich (§§ 74 II, 74a I Satz 3 HGB) "in den Genuß" einer konkreten Regelung gekommen wäre. Dabei wäre dieser Vorteil nicht ungetrübt gewesen, da nicht klar wäre, ob auch andere Normen des Handelsgesetzbuchs übernommen werden können. Eine größere Ungewißheit läge bei den anderen Arbeitnehmergruppen vor, die nicht wissen können, ob auf ihre Abreden auch Vorschriften des HGB angewandt werden können, und wenn ja, um welche es sich dann handelt.
Diese Darstellung zeigt, welcher Mißerfolg der richterlichen Rechtsfortbildung beschieden wäre, wollte man der Auffassung Schlüters rigoros folgen. Es muß daher in den Fällen, in denen der Rechtsnotstand auf einer unsicheren Rechtslage basiert, den Gerichten erlaubt sein, eine über die Einzelfallregelung hinausgehende generelle Regelung zu treffen; sie müssen - wie es Monjau ausdrückt[1] - reinen Tisch machen dürfen.

Geht man von der Tatsache aus, daß Normzweck und Interessenlage in allen Fällen gleich sind, materiell also einer Regelungsanalogie nichts im Wege steht, so ist nicht einzusehen, warum die Beseitigung des Notstands und damit eine erfolgreiche richterliche Rechtsfortbildung in diesen Fällen aus formellen Gründen unterbleiben soll.
Der "Notgesetzgeber" Bundesarbeitsgericht war also zu der vollzogenen Regelungsanalogie materiell und formell berechtigt. Seine Rechtsfortbildung zur Frage der analogen Anwendung der §§ 74ff HGB auf Wettbewerbsabreden mit allen anderen Arbeitnehmern ist geglückt.

1) Monjau, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd.7, 75 (87)

§ 6 Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum bedingten Wettbewerbsverbot

Vergleich man diesen Rechtsprechungskomplex mit den bisher geschilderten, so drängt sich sofort ein gravierender Unterschied auf. Hat das Bundesarbeitsgericht in den vorherigen Fällen - wenn auch teilweise nach langer Anlaufzeit - richterliche Rechtsfortbildung betrieben, so hat es darauf bei den Problemen, die ein bedingtes Wettbewerbsverbot mit sich bringt, ausdrücklich verzichtet. Ob dieser Verzicht zu Recht oder zu Unrecht erfolgt ist, soll im weiteren Verlauf untersucht werden.

I. Problemstellung

Ein bedingtes Wettbewerbsverbot besagt, daß dem Arbeitgeber die Entscheidung vorbehalten bleibt, ob er eine vereinbarte Wettbewerbsabrede in Anspruch nimmt und dann gegebenenfalls die Karenzentschädigung zahlen muß oder nicht. Diese Möglichkeit soll er bis zu dem Zeitpunkt besitzen, in dem er weiß, welche neue Tätigkeit der aus seinem Betrieb ausscheidende Arbeitnehmer aufnehmen will. Erst dann, wenn der ArbGeb dem ArbN aufgrund des vereinbarten Wettbewerbsverbots verwehrt, das von diesem angestrebte neue Arbeitsverhältnis aufzunehmen, wird die Vereinbarung wirksam, und der Arbeitgeber muß die zugesagte Entschädigung zahlen. Hat er keine Bedenken gegen die neue Beschäftigung, dann nimmt er das Wettbewerbsverbot nicht in Anspruch, folglich trifft ihn dann auch keine Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung.
Die Nachteile einer solchen Regelung für den Arbeitnehmer liegen auf der Hand. Da er nicht weiß, ob dem ehemaligen ArbGeb seine neue Tätigkeit genehm ist und sie ihm daher untersagt werden kann, ist er bei der Stellensuche sehr stark behindert. Ein neuer

Arbeitgeber wird es sich immer reiflich überlegen, jemanden einzustellen, über den dann möglicherweise ein Wettbewerbsverbot verhängt werden kann.
Hält sich der ArbN nicht an die getroffene Abrede und nimmt er eine Konkurrenztätigkeit auf, so drohen ihm Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche. Vermeidet er hingegen eine Wettbewerbstätigkeit, so braucht der ArbGeb das Wettbewerbsverbot gar nicht in Anspruch nehmen und demgemäß auch keine Karenzentschädigung zahlen. Daher kommt ein solches bedingtes Wettbewerbsverbot in seinen Auswirkungen einer entschädigungslos vereinbarten Konkurrenzklausel gleich. Es ist deshalb nach § 75d Satz 2 HGB wegen Umgehung von § 74 II HGB für den Arbeitnehmer unverbindlich.[1)]
Es taucht nun die Frage auf, ob der Arbeitnehmer, der sich trotz dieser Unverbindlichkeit einer Konkurrenztätigkeit enthält, Anspruch auf eine Entschädigung hat, obwohl der Arbeitgeber das Wettbewerbsverbot nicht in Anspruch genommen hat.
Hierbei ist zunächst darauf hinzuweisen, daß das Handelsgesetzbuch grundsätzlich zwischen einer unverbindlichen (siehe § 74a I HGB) und einer nichtigen (siehe § 74a II HGB) Wettbewerbsabrede differenziert. Der Unterschied liegt darin, daß bei einer nichtigen Abrede keine der beiden Parteien irgendwelche Ansprüche daraus geltend machen kann. Bei einer unverbindlichen Vereinbarung hingegen kann nur der Arbeitgeber sich nicht darauf berufen (§ 75 d), dem Arbeitnehmer hingegen ist es nicht verwehrt, sich trotz

1) So seit langem die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts
BAG 19. 1. 1956
BAG 18.11. 1967
BAG 18. 4. 1969
BAG 2. 5. 1970
BAG 2. 8. 1971
BAG 12.11. 1971
BAG 26.11. 1971 (1)
Zudem verstößt ein bedingtes Wettbewerbsverbot auch gegen die Regelung des § 75a HGB, weil der ArbN nach seinem Ausscheiden Klarheit darüber haben muß, ob ein Wettbewerbsverbot besteht oder nicht.
So BAG 19.1.1956; Schlegelberger-Schröder, HGB,Bd.II, § 74 Rdn. 8a; Baumbach-Duden, HGB 20.Aufl.,§ 75a; ferner auch Grunsky, Anm. zu BAG 26.11.1971, der aber einen Verstoß gegen § 74 II HGB verneint.

der Unverbindlichkeit an die Wettbewerbsabrede zu halten und Ansprüche daraus herzuleiten.
Eine Besonderheit hinsichtlich Unverbindlichkeit und Nichtigkeit ergibt sich bei der (hier interessierenden) Frage der Karenzentschädigung. Gemäß dem Wortlaut von § 74 II HGB ist eine Wettbewerbsabrede unverbindlich, bei der die vereinbarte Karenzentschädigung die im Gesetz vorgesehene Höhe (die Hälfte der vertragsmäßigen Leistungen) nicht erreicht. Hält sich der ArbN gleichwohl an den Vertrag, so hat er auch einen Anspruch auf diese vereinbarte - geringere- Entschädigung.[1] Wird hingegen bei der Vereinbarung auf jegliche Karenzentschädigung verzichtet, so sind nach allgemeiner Auffassung trotz des Wortlauts des § 74 II HGB Unverbindlichkeit und Nichtigkeit identisch, so daß der Arbeitnehmer auch dann keinerlei Zahlungsansprüche besitzt, wenn er dieses Wettbewerbsverbot einhält.[2] Der Gesetzgeber hat bei der Regelung der Karenzentschädigung für Handlungsgehilfen somit einen anderen Weg eingeschlagen als beim Recht der Handelsvertreter. Dort regelt § 90a I Satz 3 HGB, daß der Unternehmer kraft Gesetzes verpflichtet ist, eine angemessene Entschädigung zu zahlen, wenn der Handelsvertreter keine Konkurrenztätigkeit aufnimmt und zwar selbst dann, wenn eine solche Zahlung vertraglich gar nicht vereinbart worden ist.

Zu Recht hat nun das Bundesarbeitsgericht das bedingte Wettbewerbsverbot dem nichtigen Wettbewerbsverbot gemäß § 74 II HGB gleichgestellt.[3] Wollte man anders entscheiden, so würde man dem Arbeitgeber eine Leistung (Zahlung der Karenzentschädigung) abverlangen, zu der

---

1) RAG 23.6.1934; Würdinger in Großkomm. HGB, § 74 Anm.7
2) BAG 12.12.1956
BAG 13. 9.1969 III 1-3 der Entsch.Grd.
Schlegelberger-Schröder , HGB, Bd.II, § 74 Rdn.12; Würdinger in Großkomm. HGB, § 74 Anm. 7; Baumbach-Duden, HGB 20.Aufl., §§ 74, 74a-c Anm.2 F
3) BAG 2.5.1970 III 2 der Entsch.Grd.

er sich nie verpflichtet hat; denn das will er bei einer entschädigungslosen Vereinbarung ebensowenig wie bei einer bedingten Vereinbarung, wenn die Bedingung (seine Inanspruchnahme) nicht eintritt. Somit hat der Arbeitnehmer, der ein bedingtes Wettbewerbsverbot einhält, keinerlei Ansprüche auf eine Karenzentschädigung, wenn der Arbeitgeber das Wettbewerbsverbot nicht in Anspruch nimmt.
Der Grund für dieses Ergebnis liegt darin, daß es beim Recht der Handlungsgehilfen keine Entschädigung kraft Gesetzes gibt. Daher braucht vom Arbeitgeber nur die vereinbarte Entschädigung bezahlt werden - ist nichts vereinbart, hat der ArbN auch keinen Anspruch.
Es stellt sich nun die Frage, ob dieser Zustand im Wege der Rechtsfortbildung zugunsten des Arbeitnehmers geändert werden sollte, mit der Absicht, dem vertragstreuen Partner einer nichtigen Vereinbarung einen Anspruch zu gewähren.

II. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Folgen des bedingten Wettbewerbsverbots

Im Urteil vom 2. 5. 1970 läßt das Bundesarbeitsgericht durchblicken, daß aus sozialen Erwägungen heraus auch beim Recht der Handlungsgehilfen die Einführung einer zwingenden gesetzlich vorgeschriebenen Karenzentschädigung - ähnlich der des § 90a I Satz 3 HGB - wünschenswert wäre. Eine Entscheidung darüber müsse jedoch allein dem Gesetzgeber überlassen bleiben.[1)]
Eine Begründung also, die bereits aus der früheren Rechtsprechung zur analogen Anwendung der §§ 74ff HGB auf Wettbewerbsabreden mit anderen Arbeitnehmern bekannt ist.[2)]
Diese Argumentation wird im darauf folgenden Urteil noch verstärkt.[3)] Das Gericht hebt erneut das

1) BAG 2.5.1970 III 3 der Entsch.Grd.
2) Siehe § 5 I 1 der Arbeit
3) BAG 2.8.1971

Unbefriedigende an der bestehenden Rechtslage hervor. Es führt aber im weiteren Verlauf der Entscheidungsgründe aus, daß gleichwohl vorläufig (!) auf eine richterliche Rechtsfortbildung verzichtet werde, da im Rahmen des anstehenden 2. ArbR Bereinigungsgesetzes eine Neuregelung der Materie vom Gesetzgeber beabsichtigt sei.[1] Das Gericht bezieht sich dabei ausdrücklich auf einen Teil des Schrifttums, nach dessen Ansicht die Rechtsfortbildung durch die Gerichte dann unzulässig sei, wenn mit einem alsbaldigen Eingreifen der Legislative zu rechnen ist.
Diese Auffassung erfährt dann eine weitere Bestätigung.[2] In diesem letztgenannten Urteil jedoch findet das Bundesarbeitsgericht einen Weg, die aus sozialen Erwägungen heraus unerwünschten Folgen eines bedingten Wettbewerbsverbots auch ohne Richterrecht abzumildern. Das geschieht in der Weise, daß der Begriff der Inanspruchnahme extensiv ausgelegt wird. Der Senat führt aus, daß der ArbGeb bei einem bedingten Wettbewerbsverbot vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses klarstellen müsse, ob er Rechte aus der Klausel herleiten wolle oder nicht. Behält er sich vor, von Fall zu Fall zu erklären, ob er mit einer beabsichtigten neuen Tätigkeit einverstanden ist, dann nehme er das Wettbewerbsverbot für sich in Anspruch und müsse bei Einhaltung der Konkurrenzklausel durch den ArbN die vereinbarte Karenzentschädigung zahlen.[3] Die Ungewißheit für den Arbeitnehmer, ob er eine neu gewählte Tätigkeit ausüben darf, wird somit allein auf seine erste Arbeitsstelle beschränkt. Zu einer Entwicklung von Richterrecht im Sinne des dieser Arbeit zugrundegelegten Begriffs kommt es jedoch nicht.

---

1) BAG 2.8.1971 I 2b der Entsch.Grd.
2) BAG 26.11.1971(1.)I2 der Entsch.Grd.
3) BAG 26.11.1971(1.)I3 der Entsch.Grd.

III. Die Ansichten zu diesem Problem im Schrifttum

Die Ansichten in der Literatur zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hinsichtlich des bedingten Wettbewerbsverbots lassen sich in drei Kategorien einordnen.

1. Die richterliche Rechtsfortbildung ist zulässig und wünschenswert

Buchner[1] fordert das BAG auf, sich hinsichtlich der Entwicklung einer Karenzentschädigung kraft Gesetzes auch für das Recht der Handlungsgehilfen keinerlei Zurückhaltung aufzuerlegen. Eine Rechtsfortbildung praeter legem bietet die beste Möglichkeit, die bestehende unbefriedigende Situation zu beseitigen.[2] Er erinnert daran, daß das Gericht eine ähnliche Zurückhaltung bei der Frage der analogen Anwendung der §§ 74ff HGB mit gutem Erfolg aufgegeben habe.[3]

2. Die richterliche Rechtsfortbildung ist unzulässig

Eine zweite Ansicht schließt sich aus grundsätzlichen methodischen Überlegungen heraus der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts an und verneint die Möglichkeit, bei diesem Problem das Recht durch Richterspruch fortzubilden.[4] Gegen eine Rechtsfortbildung spreche, daß mit dem 2. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz eine gesetzliche Regelung der Materie bevorstehe und diese anstehende Regelung bilde eine unüberwindliche Schranke für das Richterrecht.

---

1) Buchner, Anm. zu BAG 2.5.1970
2) Buchner, a.a.O. II 4c, d der Anm.; ebenso Canaris, Anm. zu BAG 26.11.1971 (1) I 4
3) Für die grundsätzliche Möglichkeit der Rechtsfortbildung in diesem Fall auch Grunsky, Anm. zu BAG 26.11.1971 (1)
4) Hofmann, Anm. zu BAG 2.8.1971; Mayer-Maly, Anm. zu BAG 2.8.1971

3. Die richterliche Rechtsfortbildung ist nicht erforderlich

Obwohl Grunsky grundsätzlich die richterliche Rechtsfortbildung auch bei anstehender gesetzlicher Regelung bejaht[1], kommt es seiner Ansicht nach im vorliegenden Fall gar nicht auf die Beantwortung dieser Streifrage an; denn zur Beseitigung der Ungerechtigkeiten, die ein bedingtes Wettbewerbsverbot für den Arbeitnehmer mit sich bringe, bedürfe es keines Richterrechts. Er verweist auf bereits bestehende rechtliche Möglichkeiten, mit deren Hilfe dem ArbN eine Karenzentschädigung zugebilligt werden könne, ohne gleich die Entschädigung kraft Gesetzes einführen zu müssen. Grunsky führt in diesem Zusammenhang einen Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber aus culpa in contrahendo an, denn es sei anerkannt, daß bei einem unwirksamen Vertrag die Partei aus c.i.c. hafte, die die Unwirksamkeit zu vertreten habe, und dies sei in aller Regel der den Vertrag formulierende Arbeitgeber. Des weiteren habe der ArbN, der trotz der Unwirksamkeit seine vermeintlichen Pflichten aus diesem Vertrag erfülle, gegen den ArbGeb einen Anspruch aus § 812 i.V. m. § 818 II BGB.

IV. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf diesem Rechtsgebiet

Zunächst ist zu untersuchen, ob der von Grunsky aufgezeigte Lösungsweg zutreffend ist. Denn sollte dies der Fall sein, so wäre tatsächlich eine Rechtsfortbildung durch das Gericht gar nicht erforderlich.

1. Keine Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung

Der Auffassung Grunskys ist jedoch nicht zu folgen, da der Arbeitnehmer generell weder einen Anspruch aus c.i.c. noch aus § 812 i.V.m. § 818 II BGB besitzt.

---

1) Grunsky, Anm. zu BAG 26.11.1971 (1)

a) Ansprüche des ArbN gegen den ArbGeb aus culpa in contrahendo

Grundsätzlich haftet zwar bei einem Vertrag die Partei aus c.i.c., die die Unwirksamkeit zu vertreten hat.[1] Ob der Arbeitnehmer aber erfolgreich einen Anspruch auf Zahlung der Karenzentschädigung auf diese Grundlage stützen kann, ist aus zwei Gründen höchst zweifelhaft.
Zum einen wird es für ihn nicht immer einfach sein, dem Arbeitgeber eine schuldhafte Pflichtverletzung nachzuweisen. Zwar ist Grunsky zuzustimmen, wenn er ausführt, daß die Formulierung der Vereinbarung meistens vom ArbGeb stammt und der ArbN im Regelfall nicht durchschauen kann, daß die Wettbewerbsabrede unwirksam ist. Dem Arbeitgeber dann jedoch ein Verschulden nachzuweisen dürfte auf große Schwierigkeiten stoßen. Ist ihm - so ist zu fragen - etwa ein Vorwurf zu machen, wenn er guten Glaubens die Formulierung aus einem gültigen Tarifvertrag übernimmt?[2] Ferner dürfte ein Mitverschulden des Arbeitnehmers in vielen Fällen zu beachten sein.

Die generelle Eignung eines Anspruchs aus culpa in contrahendo stößt auch noch auf ein zweites Hindernis. Grundsätzlich wird bei der c.i.c. nur der Vertrauensschaden ersetzt. Verlangt eine Partei - wie hier mit der Zahlung der Karenzentschädigung - eine Ersetzung des Erfüllungsinteresses, so muß sie nachweisen, daß ohne schuldhafte Pflichtverletzung

---

1) Palandt-Heinrichs, BGB, § 276 Anm. 6b bb; Erman-Battes, BGB, 1.Bd., § 276 Rdn.110
2) So enthält z.B. § 6 Abschn. VI des MTV für akademisch gebildete Angestellte in der chemischen Industrie vom 5.11.1959 ein bedingtes Wettbewerbsverbot.
Die mit dieser Regelung verbundene Problematik wird weiter unten erörtert.

der anderen Partei ein wirksamer Vertrag zustandegekommen wäre.[1] Der Arbeitnehmer müßte also nachweisen, daß ohne eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers ein wirksames, d.h. "entschädigungsbewehrtes"[2] Konkurrenzverbot zustandegekommen wäre. Dieser Nachweis wird aber in den seltensten Fällen gelingen. Denn der ArbGeb wird dem in aller Regel unwiderlegbar entgegenhalten können, daß - wenn er positive Kenntnis von der Unwirksamkeit der Vereinbarung und deren Folgen gehabt hätte - er auf jegliche Wettbewerbsabrede verzichtet hätte. Ein bedingtes Wettbewerbsverbot wird er nämlich nur mit solchen Beschäftigten abschließen, deren Tätigkeit bei einem neuen Arbeitgeber nur in Ausnahmefällen eine Gefährdung seines Betriebsbestands bedeutet.

Ist somit ein Anspruch des Arbeitnehmers aus culpa in contrahendo theoretisch auch denkbar, so wird er doch praktisch in den wenigsten Fällen eingreifen. Diese Lösungsmöglichkeit ist nicht generell geeignet, die für den ArbN mißlichen Folgen zu beseitigen, wenn er das unwirksame bedingte Wettbewerbsverbot einhält.

b) Ansprüche des ArbN gegen den ArbGeb aus § 812 i.V.m. § 818 II BGB

Auch der Vorschlag Grunskys, dem Arbeitnehmer einen Bereicherungsanspruch gegen den Arbeitgeber zuzusprechen, ist abzulehnen. Zwar liegen die Voraussetzungen der §§ 812, 818 II BGB vor. Der ArbGeb erlangt als vermögenswerte Rechtsposition die "Konkurrenzenthaltsamkeit" des ArbN aufgrund dessen Leistung, für die wegen der Unwirksamkeit der Vereinbarung kein rechtlicher Grund besteht. Zugunsten des Leistungsempfängers greift hier aber § 814 BGB ein, denn der Arbeitnehmer hat positive Kenntnis davon, daß er zu dieser Leistung nicht verpflichtet

---

1) Esser, Schuldrecht, Bd.I, § 6 III 3c; Fikentscher, Schuldrecht, § 20 IV 4
2) Grunsky, Anm. zu BAG 26.11.1971 (1)

ist. Nach der Vertragsgestaltung weiß er nämlich, daß er erst dann keine konkurrierende Tätigkeit aufnehmen darf, wenn es der Arbeitgeber verlangt. Tut er dies gleichwohl vor Bedingungseintritt, so kann er seine Leistung bei Unwirksamkeit des Vertrages nicht zurückverlangen. Ein Bereicherungsanspruch entfällt somit.

Auch die vom BAG vorgenommene extensive Ausdehnung des Begriffs der Inanspruchnahme kann nicht generell dazu geeignet sein, das Problem ganz aus der Welt zu schaffen.[1] Denn es verbleibt für den Arbeitnehmer die Ungewißheit bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz. Zwar ist diese auf die erste neue Arbeitsstelle beschränkt; diese Lösung des Bundesarbeitsgerichts verhindert aber nicht, daß der ArbN wegen der Möglichkeit der Inanspruchnahme durch den ArbGeb bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses keine adäquate Stellung findet[2] und er erst danach sich unbelastet um einen neuen Arbeitsplatz bemühen kann. Es besteht so immer noch die Gefahr, daß das alte Arbeitsverhältnis nicht nahtlos in das neue übergeht und der Arbeitnehmer in dieser Übergangszeit als Folge des bedingten Wettbewerbsverbots ohne Einkommen ist.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten nicht generell geeignet sind, die unbefriedigende Situation zu beseitigen. Dieses Ziel kann allein eine richterliche Rechtsfortbildung erreichen.

2. Zulässigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung

Es ergibt sich somit die Frage, ob eine Rechtsfortbildung praeter legem - mit einem der Regelung des § 90a I Satz 3 HGB vergleichbaren Inhalt - zulässig

1) Ebenso Grunsky, Anm. zu BAG 26.11.197 (1) 2 der Anm.
2) Zu den Gründen dafür siehe § 6 I der Arbeit

ist. Die Bejahung dieser Frage unter Hinweis auf die BAG-Rechtsprechung zur Analogie der §§ 74ff HGB allein genügt nicht.[1] Denn als sich das Bundesarbeitsgericht dem vorliegenden Problem zuwandte, war mit dem 2. Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz eine gesetzliche Regelung dieser Materie in Angriff genommen worden. Dieser besondere Aspekt bedarf einer gründlichen Erörterung. Es ist somit generell zu fragen, ob der Richter zur Fortbildung des Rechts (noch) befugt ist, wenn eine Regelung durch den Gesetzgeber bevorsteht.

Neben den bereits erwähnten[2] gibt es noch eine Anzahl weiterer Autoren, die die Bildung von Richterrecht bei einer geplanten Gesetzesregelung für unzulässig erachten.[3] Begründet wird diese Auffassung damit, daß es der Judikative verwehrt sein müsse, durch eine Entscheidung den Gesetzgeber zu präjudizieren. Auf welchen Zeitpunkt dabei jedoch abzustellen ist, i.h. in welchem Stadium sich das Gesetzgebungsverfahren befinden muß, ist umstritten.
Während Redeker eine Sperrwirkung für den Richter erst dann bejaht, wenn um die Sachziele bereits im Parlament gerungen wird, und sie Gegenstand eines akuten politischen Meinungsstreites sind[4], spricht

1) So aber Buchner, Anm. zu BAG 2.5.1970
Insofern genügt auch die Begründung des BAG im Urteil vom 2.5.1970 nicht, in der die Rechtsfortbildung mit der einfachen Bemerkung "dies sei Aufgabe des Gesetzgebers" verweigert wird. Weitergehend dann auch die Begründung in BAG 2.8.1971
2) Siehe § 6 III 2 der Arbeit
3) Redeker, NJW 72, 409 (413/14); Fischer, Weiterbildung des Rechts, S. 36; Larenz, Methodenlehre, S.401; Schneider, Richterrecht, S.34; Lieb, DB 73, 69 (75); Hofmann, Anm. zu BAG 2.8.1971 V 3 der Anm.
4) Redeker, a.a.O., S.414; ähnlich auch Hofmann, Anm. zu BAG 2.8.1971, der ein vorgerücktes Gesetzgebungsverfahren mit einem Abschluß in absehbarer Zeit fordert.

Fischer ihm das Recht schon dann ab, wenn die gesetzliche Maßnahme unmittelbar beabsichtigt ist.[1)]
Die Gegenansicht bejaht eine richterliche Rechtsfortbildung auch bei anstehender gesetzlicher Regelung.[2)]
Sie geht vom Schutz der vor Gericht vertretenen Parteien aus, denen zu ihrem Recht verholfen werden müsse. Würde man kein Richterrecht entwickeln, so käme die Partei des anhängigen Verfahrens weder in den Genuß der an sich gebotenen Weiterentwicklung des Rechts noch sei ihr mit einer bloß bevorstehenden Gesetzesregelung gedient.[3)]

Zu folgen ist bei diesem Streit der ersten Auffassung, mit der Maßgabe, daß die Sperrwirkung für die Gerichte erst dann eingreift, wenn ganz konkrete Anzeichen dafür vorliegen, daß eine gesetzliche Regelung unmittelbar bevorsteht. Welche Schwierigkeiten aber selbst dann noch auftreten können, zeigt gerade dieser Fall.
Im Jahre 1970 war bekannt, daß das Bundesarbeitsministerium im Rahmen des 2. ArbR BereinigungsG eine Neuregelung des Wettbewerbsrechts vorbereitete[4)], was für das Bundesarbeitsgericht Anlaß war, sich einer Rechtsfortbildung zu enthalten. Heute steht fest, daß dieser Gesetzesentwurf gescheitert ist. Das Recht der Wettbewerbsverbote soll nunmehr in einem Gesetz über das Arbeitsverhältnis mitgeregelt werden. Mit einem Entwurf dieses neuen Gesetzes kann in dieser Legislaturperiode gerechnet werden.
Zu dem angekündigten Eingreifen des Gesetzgebers ist es also (noch) nicht gekommen; rückwirkend (!)

---

1) Fischer, a.a.O.; in diesem Sinne auch Larenz, Methodenlehre, a.a.O., der die Gerichte dann zur Rechtsfortbildung ermächtigen will, wenn mit einem alsbaldigen Eingreifen des Gesetzgebers nicht zu rechnen ist.
2) Denecke, RdA 53, 412
3) Grunsky, Anm. zu BAG 26.11.1971 (1) 2 der Anm.; so auch Canaris, Anm. zu BAG 26.11.1971 (1), jedenfalls für die Rechtsfortbildung praeter legem
4) Siehe den Entwurf in RdA 71, 355ff

betrachtet bestand für das Bundesarbeitsgericht somit keine Veranlassung, auf eine Rechtsfortbildung zu verzichten - seinem Appell an den Gesetzgeber[1] blieb der Erfolg versagt.[2]

Diese Tatsache ändert aber nichts daran, daß sein Verhalten geboten und somit korrekt war. Wenn die Vorgänge im Bereich des Gesetzgebungsverfahrens bereits soweit gediehen sind, daß eine Regelung unmittelbar bevorsteht, hat der Richter kein Recht mehr, eine Fortbildung des bestehenden Rechts zu betreiben. Würde er sich anders verhalten, so verstieße er gegen das Gewaltenteilungsprinzip, weil er dann nicht mehr als bloßer "Notgesetzgeber" - also als Vertreter des Gesetzgebers-, sondern an dessen Stelle bzw. neben ihn als "Zweitgesetzgeber" auftreten würde. Diese Sperrwirkung greift zwar dann noch nicht ein, wenn die Regierung eine bloße Absichtserklärung dahingehend gibt, daß sie sich einer Materie annehmen werde. Solche Erklärungen werden oft nicht zuletzt aus rein politischen Erwägungen heraus abgegeben, ohne jedoch immer Aussicht auf eine Verwirklichung zu haben. Die Sperrwirkung ist aber in aller Regel bereits schon dann gegeben, wenn eine Regelung konkret vorbereitet wird oder wenn sogar ein Gesetzesentwurf des zuständigen Ministeriums vorliegt; denn dann liegt bereits eine ganz bestimmte Initiative für ein Gesetz vor. Wollte man dem Richter noch in diesem Stadium das Recht zur Fortbildung zusprechen, käme das in der Tat

---

1) BAG 2.8.1971 I 2b der Entsch.Grd.

2) Anders war der Sachverhalt bei der BGH-Rechtsprechung zum Schmerzensgeld bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts (siehe zur Geschichte dieser Rechtsprechung BVerfG 14.2.1973). Bei dem ersten rechtsfortbildenden Urteil des Bundesgerichtshofs (BGHZ 14.2.1958) lag noch kein Entwurf vor. Die Bundesregierung trug sich - nach einer Empfehlung des 42. Deutschen Juristentages 1957 - nur mit dem Gedanken, eine Regelung herbeizuführen.

einer Präjudizierung des Gesetzgebers gleich.

Wenn ausgeführt wurde, daß der Gesetzgeber in einer Regelung häufig die Ergebnisse richterlicher Rechtsfortbildung übernimmt[1], dann darf das nur aus dem Grunde erfolgen, daß das Richterrecht das entsprechende Problem überzeugend gelöst hat. Die Ursache darf niemals darin liegen, daß das Gericht die Legislative präjudiziert hat und diese dann - sei es aus Gründen der Rechtssicherheit, sei es, um eine Desavouierung der Judikative zu vermeiden - die eigenen Überlegungen zurückstellt. Aus dem Gewaltenteilungsprinzip und aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ergibt sich, daß die Legislative auf gar keinen Fall von der Judikative zum Vollzugsorgan von deren Ansichten degradiert werden darf.
Zur Wahrung dieses Zustands muß es in Kauf genommen werden, daß die konkrete Gesetzesinitiative manchmal - wie auch der vorliegende Fall zeigt - nicht zu einer gesetzlichen Regelung führt und der Verzicht der Gerichte auf Rechtsfortbildung rückwirkend betrachtet nicht erforderlich war.

Das Bundesarbeitsgericht hat diese Schranke für das Richterrecht erkannt und respektiert.[2] Diese Selbstbeschränkung ist zu begrüßen und daher ist der Rechtsprechung zu den Folgen eines bedingten Wettbewerbsverbots uneingeschränkt zuzustimmen.

V. Tarifdispositivität und bedingtes Wettbewerbsverbot

1. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Am Schluß der Untersuchungen der BAG-Rechtsprechung zum Wettbewerbsverbot soll das Urteil vom 12.11.1971 stehen, das einen wichtigen Beitrag zum tarifdispositiven Richterrecht darstellt.

---

1) Siehe § 1 V der Arbeit
2) Beachte aber die entgegengesetzte Ansicht des gleichen Senats in BAG 10.3.1972

Das Bundesarbeitsgericht beschäftigt sich mit der Frage, inwieweit die Klausel eines Tarifvertrages, die ein bedingtes Wettbewerbsverbot enthält, für technische Angestellte wirksam ist. Auch in diesem Urteil wählt der Senat den schon häufiger eingeschlagenen Weg der Ankündigungsrechtsprechung[1], denn die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Tarifnorm war nicht entscheidungserheblich. Gleichwohl nimmt das Gericht diesen Fall zum Anlaß zu diskutieren, inwieweit die Regelungen des Wettbewerbsrechts für kaufmännische und technische Angestellte tarifdispositiv sind; es fordert auch hier Wissenschaft und Praxis auf, mit in die Diskussion einzutreten.

Bei der fraglichen tariflichen Norm handelt es sich um § 6 Abschnitt VI des Manteltarifvertrags für akademisch gebildete Angestellte der chemischen Industrie vom 5.November 1959, in dem die Vereinbarung eines bedingten Wettbewerbsverbots für zulässig erachtet wird. Damit steht diese Bestimmung eindeutig in Widerspruch sowohl zum Gesetzesrecht als auch zum Richterrecht.
Im Bereich der Handlungsgehilfen verstößt sie direkt, in dem der technischen Angestellten - für den im Wege des Richterrechts die §§ 74ff HGB analog angewandt werden - indirekt gegen § 74 II HGB. Diese Abweichung wäre nur dann zulässig, wenn § 74 II HGB eine dispositive Vorschrift ist.
Das Bundesarbeitsgericht führt zunächst aus, daß hier hinsichtlich der Tarifdispositivität kein Unterschied gemacht werden dürfe zwischen Gesetzes- und Richterrecht. Denn wenn das Gesetz selbst dispositiv sei, dann müsse dies auch für das durch Analogie dazu entwickelte Richterrecht gelten. Der Senat neigt nun im weiteren Verlauf der Begründung dazu, die Möglichkeit zu bejahen, im Wege der tarifvertraglichen Ver-

---

1) Siehe die Rechtsprechung zu §§ 75, 75 b Satz 2 HGB (siehe § 4 III 1 der Arbeit)

einbarung von den Regelungen der §§ 74ff HGB auch zuungunsten des Arbeitnehmers abzuweichen, den tarifvertraglichen Regelungen also den Vorrang vor den gesetzlichen Vorschriften im Recht der vertraglichen Wettbewerbsverbote zuzubilligen.[1] § 75d HGB stünde dem nicht entgegen, da diese Norm nur für einzelvertragliche Abreden gelte. Somit wäre dann auch eine tariflich vereinbarte Abweichung von den durch Richterrecht aufgestellten gleichen Regeln für technische Angestellte zulässig.
Der Senat gibt sich nun mit dieser Eröterung allein nicht zufrieden. Er stellt nämlich gleichzeitig zur Dikussion, ob nicht das Wettbewerbsrecht sowohl für kaufmännische als auch für technische Angestellte einige zwingende - nicht zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehende - Regelungen enthalte. Diese unumstößlichen Mindesterfordernisse könnten nach seiner Ansicht das Prinzip der Entschädigungspflicht, sowie die zeitliche, räumliche und sachliche Begrenzung des Wettbewerbsverbots sein.

2. Stellungnahme zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Dieser Entscheidung des 3.Senats ist uneingeschränkt zuzustimmen.
Was das Vorgehen des Gerichts in Form der Ankündigung einer Rechtsprechung anbelangt, so ist auf die bereits gemachten Ausführungen zu verweisen.[2]
Auch die Erörterungen zur Tarifdispositivität sind zu begrüßen. Zunächst einmal ist die vorgenommene Gleichsetzung von Gesetzes- und Richterrecht auf diesem Rechtsgebiet richtig. Wenn Richterrecht die analoge Anwendung gesetzlicher Normen beinhaltet, dann muß es naturgemäß genauso dispositiv sein wie das Gesetz selbst. Das ergibt sich schon allein aus dem Wesen der Analogie. Sie wird ja gerade deshalb benutzt, um der Forderung, gleiche Sachverhalte rechtlich auch gleich zu behandeln, gerecht zu werden. Deshalb wäre etwa eine Entscheidung, daß einige Vorschriften der

1) BAG 12.11.1971 4 der Entsch.Grd.
2) Siehe § 4 III 1 der Arbeit

§§ 74ff HGB hinsichtlich von Tarifverträgen mit Handlungsgehilfen dispositiv, hinsichtlich tariflicher Vereinbarungen mit technischen Angestellten aber zwingend seien, widersinnig.

Ferner kommt das Bundesarbeitsgericht in erfreulicher Klarheit der Forderung nach, bei einer Rechtsfortbildung darauf hinzuweisen, was als zwingender Kern und was als dispositive Einkleidung zu verstehen ist.[1] Der Ermessensspielraum der Parteien ist dort auf Null reduziert, wo es um die Frage geht, ob überhaupt Karenzentschädigung zu zahlen sei (die Entschädigung mit einem Betrag, der unterhalb der Höhe des § 74 II HGB liegt, kann also gleichwohl mittels Tarifvertrag wirksam vereinbart werden). Des weiteren kann auch nicht auf eine irgendwie geartete räumliche, zeitliche und sachliche Begrenzung des Wettbewerbsverbots verzichtet werden. Sollte dies geschehen, so läge ein klarer Verstoß gegen die gesetzliche bzw. richterliche Regelung vor[2], der "tarifzwingende Grundgedanke" wäre dann verletzt.[3]

Es ist zu hoffen, daß das Bundesarbeitsgericht auch weiterhin in solcher Deutlichkeit klarstellt, welche Grundgedanken einer richterlichen Rechtsfortbildung unverzichtbar und damit der Disposition der Tarifvertragsparteien entzogen sind.

---

1) Siehe § 3 II 4 der Arbeit
2) Siehe Gamillscheg in § 3 II 3b bb der Arbeit
3) Siehe Canaris in § 3 II 3b bb der Arbeit, der in der Anm. zu BAG 12.11.1971 dem vorliegenden Urteil zustimmt.

ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

1. Bundesverfassungsgericht

BVerfG	23.10.1951	BVerfGE 1,14 = NJW 51,877
BVerfG	18.11.1954	BVerfGE 4,96 = NJW 54,1881
BVerfG	24. 7.1963	BVerfGE 17,67 = NJW 63,1915
BVerfG	6. 5.1964	BVerfGE 18,18 = NJW 64,1267 = BB 64,594
BVerfG	30.11.1965	BVerfGE 19,303 = NJW 66,491 = BB 66,206
BVerfG	19.10.1966	BVerfGE 20,312 = NJW 66,2305 = BB 66, 1267
BVerfG	29. 1.1969	NJW 69,597
BVerfG	15. 7.1969	BVerfGE 26,327 = NJW 69,1659 = BB 69,942
BVerfG	14. 2.1973	NJW 73,1221

2. Bundesverwaltungsgericht

BVerwG	22.11.1957	BVerwGE 6,19

3. Reichsgericht in Zivilsachen

RG 26. 5.1922	JW 22, 910
RG 6. 2.1923	RGZ 106, 272 = JW 23,831
RG 21.12.1926	RGZ 115,13 = JW 27,967
RG 26. 1.1932	RGZ 135,110 = JW 32,1146

4. Bundesgerichtshof in Zivilsachen

BGH 20. 6.1951	BGHZ 2,300 = NJW 51,599 = LM Nr.2 zu § 14 UmstG
BGH 10.12.1951	BGHZ 4,153 = NJW 52,337 = LM Nr.1 zu § 400 BGB = BB 52,170
BGH 25. 5.1954	BGHZ 13,334 = NJW 54,1404 = BB 54,727

BGH 29. 1.1957	BGHZ 23,184 = NJW 57,949 = BB 57,131
BGH 2. 4.1957	BGHZ 24,72 = NJW 57,1146 = BB 57,591 = LM Nr.2 zu § 823 BGB
BGH 30. 4.1957	BGHZ 24,165 = AP Nr.8 zu § 74 HGB = NJW 57,988 = BB 57,526
BGH 14. 2.1958	BGHZ 26,349 = NJW 58,827 (Larenz) = BB 58,351
BGH 18. 3.1959	BGHZ 30,7 = NJW 59,1269 = BB 59,576 = LM Nr.3 zu § 823 BGB
BGH 23. 3.1959	BGHZ 30,19 = NJW 59,1219 = BB 59,463
BGH 19. 6.1962	BGHZ 37,219 = NJW 62,2054 = BB 62,934
BGH 21.12.1962	BGHZ 38,391 = NJW 63,856 = BB 63,248
BGH 29.4. 1963	BGH Warn. Rspr. 1963,Nr.90
BGH 28.11.1963	VersR 64,195
BGH 11. 7.1968	BGHZ 50,325 = NJW 68,1830 = BB 68,872 = LM Nr.20 zu § 50 ZPO

5. Reichsarbeitsgericht

RAG 23. 6.1934	RAGE 14,143 = ARS 21,208
RAG 12. 6.1940	RAGE 23,297 = ARS 39,391

6. Bundesarbeitsgericht

BAG 21.10.1954	BAGE 1,136 = AP Nr.1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag = SAE 55,Nr.19 = BB 55,29
BAG 27. 1.1955	BAGE 1,279 = NJW 55,807 = SAE 55,Nr.78 = BB 55,131
BAG 6. 4.1955	BAGE 1,328 = NJW 55,886 = SAE 55,Nr.123 (Walter) = BB 55,348
BAG 12.10.1955 (1) (1 ABR 1/54)	BAGE 2,147 = NJW 55,1942 = SAE 56,Nr.5 (Seibertz) = BB 55,1088
BAG 12.10.1955 (2) (1 ABR 13/54)	ABGE 2,165 = NJW 55,1894 = SAE 56,Nr.35 (Walter) = BB 55,1057

BAG 19. 1.1956	BAGE 2,258 = NJW 56,606 = AP Nr.1 zu § 75a HGB = SAE 56,Nr.65 (Haußmann) = BB 56,241
BAG 12.12.1956	AP Nr.1 zu § 74 HGB (Alfred Hueck) = BB 57,148
BAG 21. 2.1957	AP Nr.3 zu § 133f GewO (Würdinger) = AP Nr.9 zu § 74 HGB = BB 57,329
BAG 24. 5.1957	BAGE 4,176 = NJW 57,1574 = SAE 57, Nr.102 (Vallenthin) = BB 57, 928
BAG 4.10.1958	BAGE 6,291 = SAE 59,Nr.46 (Götz Hueck) = BB 58,1245
BAG 3. 3.1959	AP Nr.4 zu § 133f GewO = BB 59,411
BAG 11. 2.1960	AP Nr.20 zu Art.12 GG (Hefermehl) = SAE 60,184 (Götz Hueck) = BB 60,446
BAG 19. 1.1961	BAGE 10,316 = NJW 61,748 = AP Nr.1 zu § 133g GewO (Hefermehl) = BB 61,332
BAG 20. 4.1961	AP Nr.8 zu § 133f GewO(Hefermehl) = SAE 62,95 (Knopp) = BB 61,717
BAG 15. 2.1962	BAGE 12,278 = SAE 62,152 (Gotzen) = BB 62,596
BAG 16. 3.1962	BAGE 13,1 = NJW 62,1694 = BB 62,373
BAG 10. 5.1962	BAGE 13,129 = NJW 62,1537 = AP Nr.22 zu § 611 BGB Gratifikation (Nikisch) = SAE 62,177 (Molitor) = JZ 63,173 (Wieacker)
BAG 17.10.1963	SAE 64,179 (Brox) = BB 64,219
BAG 21. 3.1964	BAGE 15,320 = AP Nr.15 zu § 133f GewO = BB 64,720
BAG 17. 4.1964	BAGE 15,329 = NJW 64,1639 = AP Nr.16 zu § 133f GewO = BB 64,883
BAG 22.11.1965	BAGE 17,338 = NJW 66,689 = AP Nr.1 zu § 611 BGB Abwerbung (Alfred Hueck) = SAE 66,135 (Bydlinski) = BB 66,207
BAG 31. 3.1966	BAGE 18,217 = NJW 66,1625 = AP Nr.54 zu § 611 BGB Gratifikation (Biedenkopf) = SAE 66,231(Wolff) = BB 66,739

BAG 29. 4.1966	BAGE 18,291 = NJW 66,1677 = AP Nr.21 zu § 611 BGB Konkurrenzkl. (Schnorr von Carolsfeld) = SAE 67,33 (Götz Hueck) = BB 66,898
BAG 2.12.1966	BAGE 19,152 = NJW 67,2176 = AP Nr.18 zu § 133f GewO = SAE 68,125 (Diederichsen) = BB 67,958
BAG 18. 2.1967	BAGE 19,267 = NJW 67,1821 = AP Nr.19 zu § 133f GewO(Duden) = BB 67,714
BAG 23. 2.1967	AP Nr.57 zu § 611 BGB Gratifikation (Alfred Hueck) = BB 67,627
BAG 16.11.1967	AP Nr.63 zu § 611 BGB Gratifikation (Gamillscheg) = SAE 68,121 (Küchenhoff) = BB 68,207
BAG 18.11.1967	BAGE 20,162 = NJW 68,767 = AP Nr.21 zu § 74 HGB (Hofmann) = SAE 69,1 (Simitis) = BB 68,379
BAG 9. 9.1968	SAE 69,148 (Nitschke) = BB 69,177 = DB 69,263
BAG 6.12.1968	BAGE 21,237 = NJW 69,678 = AP Nr.8 zu § 75b HGB = SAE 69,101 (Beitzke) = BB 69,312 (Gumpert) = AR-Blattei D,Wettbewerbsverbot, Entsch.63 (Diederichsen/Görg)
BAG 16.12.1968	AP Nr.21 zu § 133f GewO (Simitis) = SAE 70,43 (Weitnauer) = BB 69,675
BAG 18. 4.1969	AP Nr.22 zu § 133f GewO(Nitschke) = BB 69,1351
BAG 16. 5.1969	BAGE 22,6 = NJW 70,443 = AP Nr.23 zu § 133f GewO(Hofmann) = SAE 70,181 (Pleyer) = BB 70,395
BAG 30. 5.1969	BAGE 22,16 = AP Nr.9 zu § 75b HGB (Wiedemann)
BAG 13. 9.1969	BAGE 22,125 = NJW 70,626 = AP Nr.24 zu § 611 BGB Konkurrenzkl. (Wiedemann-Steinberg) = SAE 71,106 (Canaris)= BB 70,35 = AR-Blattei D,Wettbewerbsverbot, Entsch.71 (Diederichsen)

BAG 9.10.1969	AP Nr.68 zu § 611 BGB Gratifikation (Canaris) = BB 70,39
BAG 4.12.1969	AP Nr.32 zu § 620 BGB Befr.Arbeitsv. (Richardi) = SAE 70,204 (Seiter) = BB 70,347
BAG 5.12.1969	NJW 70,723 = AP Nr.10 zu § 75b HGB (Beitzke) = SAE 71,1 (Kraft) = BB 70,301
BAG 2. 5.1970	BAGE 22,324 = NJW 71,74 = AP Nr.26 zu § 74 HGB(Buchner) = BB 70,1214
BAG 26.10.1970	SAE 72,72 (Leipold) = BB 71,267 = DB 71,292
BAG 1. 2.1971	AP Nr.11 zu § 75b HGB (Henckel) = BB 71,744
BAG 3. 2.1971	BAGE 23,184 = AP Nr.9 zu § 7 BUrlG Abgeltung (Thiele) = BB 71,436
BAG 21. 4.1971	BAGE 23,292 = NJW 71,1668 = AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf = SAE 72,1 (Richardi) = BB 71,701
BAG 16. 7.1971	BAGE 23,382 = NJW 71,2245 = AP Nr.25 zu § 611 BGB Konkurrenzkl. = SAE 72,97 (Martens) = BB 71,1323
BAG 2. 8.1971	AP Nr.27 zu § 74 HGB (Hofmann) = SAE 72,161 (Mayer-Maly) = BB 71,1411
BAG 30. 9.1971	BAGE 23,460 = AP Nr.36 zu § 620 BGB Befr.Arbeitsvertrag (Palenberg) = BB 72,616
BAG 12.11.1971	AP Nr.28 zu § 74 HGB (Canaris)
BAG 26.11.1971(1) (3 AZR 127/71)	AP Nr.29 zu § 74 HGB (Grunsky) = SAE 73,65 (Canaris)= BB 72,920
BAG 26.11.1971(2) (3 AZR 220/71)	AP Nr. 26 zu § 611 BGB Konkurrenzkl. = SAE 72,203 (Gitter)= BB 72,447
BAG 10. 3.1972	AP Nr.156 zu § 242 BGB Ruhegehalt (Weitnauer) = SAE 72,193(Adomeit) = BB 72,403

BAG 20. 4.1972 (1) (3 AZR 337/71)	NJW 72,2102 = AP Nr.12 zu § 75b HGB = SAE 73,206 (Löwisch) = BB 72,1188
BAG 20. 4.1972 (2) (3 AZR 306/71)	AP Nr.13 zu § 75b HGB (Grunsky) = BB 72,964
BAG 26.10.1973	NJW 74,1013 (Pestalozza)

LITERATURVERZEICHNIS

Adomeit, Klaus	Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht München 1969
Ballon, Oskar	Einige Probleme der richterlichen Rechtsfortbildung, JBl 72,598ff
Baring, Martin	Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts eine Rechtsquelle?, JJb Bd.6, 27 ff
Bauer, Johann P.	Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Arbeitsmarkt, Festschr. für Schnorr von Carolsfeld, S.1ff
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch, 18. Aufl., München 1968
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch, 20.Aufl., München 1972
Bettermann, Karl A.	Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt, Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart 1966 Spalte 1711ff
Biedenkopf, Kurt H.	Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964
Biedenkopf, Kurt H.	Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 98, 1970
Bierling, Ernst R.	Juristische Prinzipienlehre, Vierter Band, Tübingen 1911
Bobrowski/Gaul	Das Arbeitsrecht im Betrieb, 6. Aufl., Heidelberg 1970
Boldt, Gerhard	Die Quellen des deutschen Arbeitsrechts, in: Die Quellen des Arbeitsrechts, Baden-Baden 1962, S. 33ff
Bosch, F.W.	Ehe und Familie in der Rechtsordnung, FamRZ 66, 57ff

Bürck, Harald	§ 15 III HGB und die Grundsätze der Haftung von fehlerhaften und entstehenden Personengesellschaften gegenüber Dritten, AcP 171, 328 ff
Brüggemann, Dieter	Gesetzesrecht und Richterrecht, JR 63, 162ff
Brüggemann-Würdinger	Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Erster Band §§ 1-104, 3. Aufl., Berlin 1967 (zit.: Verfasser in Großkomm. HGB)
Canaris, Claus-W.	Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
Canaris, Claus-W.	Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969
Canaris, Claus-W.	Tarifdispositive Normen und richterliche Rechtsfortbildung, Gedächtnisschr. für Dietz, München 1973, S. 199ff
Coester, Michael	Zur schuldrechtlichen Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, DB 72, 239
Dahm, Georg	Deutsches Recht, 2.Aufl., Stuttgart 1963
Denecke, Johannes	Abändernde Gesetzesauslegung im ArbR?, RdA 53, 412
Dernburg, Heinrich	Pandekten, Band I, 3. Aufl.
Dieterich, Thomas	Rezension von Schlüter "Das obiter dictum", RdA 74, 187
Düringer-Hachenburg	Handelsgesetzbuch, I.Band, Mannheim/Berlin/Leipzig 1930
Ehrenberg, Victor	Handbuch des gesamten Handelsrechts, Zweiter Band, Leipzig 1918 (zit.: Ehrenberg-Verfasser)
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken, 2.Aufl., Stuttgart 1959

Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1.Halbband, 15.Aufl., Tübingen 1959
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1.Band, 5.Aufl., Münster 1972 (zit.: Erman-Verfasser)
Esser, Josef	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956
Esser, Josef	Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, Festschr. für von Hippel, Tübingen 1967, S.95ff
Esser, Josef	Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Karlsruhe 1968
Evers, Hans-U.	Rechtsanwendung, Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart 1966, Spalte 1658ff
Fenge, Harald	Die Pläne des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Betr.AV 73, S.117ff
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht, 4.Aufl., Berlin-New York 1973
Fischer, Robert	Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 100, 1971
Flume, Werner	Richterrecht im Steuerrecht, Steuerberaterjahrbuch 64/65, S.55ff
Forsthoff, Werner	Die Bindung an Gesetz und Recht (Art.20 Abs. 3 GG), DÖV 59,41ff
Frey, Erich	Die richterliche Rechtsschöpfung, AuR 55, 257ff
Galperin, Hans	Die autonome Rechtssetzung im Arbeitsrecht, Festschr. für Molitor, München und Berlin 1962, S.143ff

Galperin, Hans	Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, München 1968
Gamillscheg, Franz	Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164, 385
Gamillscheg, Franz	Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966
Gamillscheg, Franz	Zur Gratifikation mit Rückzahlungsvorbehalt, RdA 68, 407ff
Gamillscheg, Franz	Arbeitsrecht, 3.Aufl., München 1973
Germann, Oscar A.	Präjudizien als Rechtsquelle, Uppsala 1960
Germann, Oscar A.	Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts, ZSR NF 68, S.297ff und 423 ff
Gernhuber, Joachim	Formnichtigkeit und Treu und Glauben, Festschr. für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S.151ff
Gielen, Michael	Die normsetzende Funktion der Rechtsprechung, Berlin 1972
Gröninger, Karl	Das vertragliche Wettbewerbsverbot in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Fünfzig Jahre Verband angestellter Akademiker der Chemischen Industrie e.V., Köln 1969, S. 54ff
Grossmann-Schneider	Arbeitsrecht, 2.Aufl., Berlin 1972
Grüll, Ferdinand	Die Konkurrenzklausel, 2.Aufl., Heidelberg 1960
Günther, Volkmar	Wettbewerbsverbote ohne Karenzentschädigung in Verträgen mit technischen Angestellten, NJW 60, 946ff
Güntner, Hans	Die Verbindlichkeitsvoraussetzunge des vertraglichen Wettbewerbsverbotes, AuR 64, 8ff

Gumpert, Jobst	Wandlung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes zur Wettbewerbsvereinbarung mit technischen Angestellten, BB 67,1251ff
Gumpert, Jobst	Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Bestimmungen über Wettbewerbsvereinbarungen mit "hochbesoldeten" kaufmännischen Angestellten, BB 69, 312f
Gumpert, Jobst	Wirkung einer Verfassungswidrigkeit der Bestimmungen über Wettbewerbsvereinbarungen mit "hochbesoldeten" Angestellten, BB 70, 309f
Habscheid, Walter J.	Über das Verhältnis Richter und Recht, in: Beiträge zum Richterrecht, NF Heft 5
Habscheid, Walter J.	Rezension von Roth-Stielow "Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz", AcP 165,84ff
Hanau-Adomeit	Arbeitsrecht, 3.Aufl., Frankfurt 1974
Haueisen, Fritz	Zum Schließen von Gesetzeslücken durch den Richter, Sozialrecht und Sozialpolitik (Festschr. für Jantz), Stuttgart 1968, S.193ff
Herschel, Wilhelm	Tarifdispositives Recht, DB 71, 2114ff
Herschel, Wilhelm	Gedanken zu Richterrecht und Tarifautonomie, AuR 72, 129ff
Herschel, Wilhelm	Gesetzesvertretendes Richterrecht und Tarifautonomie, RdA 73, 147ff
Herschel, Wilhelm	Zur Zulässigkeit tarifdispositiven Richterrechts, DB 73, 919ff
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1967
Hilger, Marie L.	Überlegungen zum Richterrecht, Festschr. für Larenz, München 1973, S.109ff

Hirsch, Hans-J.	Richterrecht und Gesetzesrecht, JR 66, 334ff
Hofmann, Paul	Wettbewerbsabreden mit technischen Angestellten, NJW 69, S.1985ff
Hohn	Wettbewerbsverbote für Arbeitnehmer und Handelsvertreter, DB 63, 1500ff
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7.Aufl., Berlin und Frankfurt 1963
Isay, Hermann	Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929
Jäger, Horst	Sozialversicherungsrecht, 5.Aufl., Berlin 1973
Kablitz, Hans-M.	Die analoge Anwendung der §§ 74ff HGB auf Wettbewerbsverbote mit technischen Angestellten und gewerblichen Arbeitern, Gießen 1971
Kayser, Armand	Die Quellen des Arbeitsrechts nach dem Recht der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, in: Die Quellen des Arbeitsrechts Baden-Baden 1962, S.9ff
Konzen, Horst	Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1970, ZfA 72, 131ff
Korbmacher, G.	Kann der Arbeitgeber bei technischen Angestellten auf eine vertragliche Konkurrenzklausel einseitig verzichten?, BB 63, 1016
Kriele, Martin	Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1967
Kruse, Heinrich W.	Das Richterrecht als Rechtsquelle innerstaatlichen Rechts, Tübingen 1971
Kübler, Friedrich	Kodifikation und Demokratie, JZ 69, 645ff
Küchenhoff, Günther	Das Prinzip der staatlichen Subsidiarität im Arbeitsrecht, RdA 59, 201ff

Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler-Neumann	Gewerbeordnung, 2.Band (zit.: Landmann-Rohmer-Verfasser)
Larenz, Karl	Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 65, 1ff
Larenz, Karl	Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 64, 1965
Larenz, Karl	Über die Bindungswirkung von Präjudizien, Festschr. für Schima, Wien 1969, S.247ff
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl., Berlin Heidelberg New York 1969
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15.Aufl., Berlin 1966
Leibholz/Rinck	Grundgesetz, 4.Aufl., Köln 1971
Less, Günter	Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1954
Lieb, Manfred	Kritische Gedanken zum tarifdispositiven Richterrecht, RdA 72, 129ff
Lieb, Manfred	Voraussetzungen und Abgrenzung von richterlicher Inhaltskontrolle und Rechtsfortbildung, DB 73, 69ff
Löffl, Dietrich	Die Behandlung unzulässiger Wettbewerbsverbote, Berlin 1968
Maass, Hans-H.	Information und Geheimnis im Zivilrecht, München 1970
Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt 1957
Marcic, René	Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957
Maunz-Dürig-Herzog	Grundgesetz
Mayer-Maly, Theo	Arbeitsrechtliche Rechtsfortbildung, DB 70, 444ff

Mayer-Maly, Theo	Das Verhältnis der richterlichen Rechtsfortbildung zur arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, RdA 70, 289ff
Meier-Hayoz, Arthur	Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951
Meilicke, Wienand	Alle Wettbewerbsverbote ohne Rücksicht auf Gehaltsgrenzen unwirksam?, DB 70, 396ff
Merz, Hans	Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, AcP 163, 305ff
Monjau, Herbert	Die unterschiedlichen Regelungen der Wettbewerbsabreden, RdA 68, 208ff
Monjau, Herbert	Die Wettbewerbsverbote, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 7, S.75ff
Montesquieu, Charles	De l'Esprit des lois
Neumann, Dirk	Abschluß von Wettbewerbsvereinbarungen nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Information 73, 113ff
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 35.Aufl., München 1974 (zit.: Palandt-Verfasser)
Palme, Antonie	Vereinheitlichung des arbeitsrechtlichen Wettbewerbsrechts durch analoge Anwendung der §§ 74ff HGB in der neuen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BlStSozArbR 71, 109ff
Pestalozza, Christian	Die Wettbewerbsvereinbarung mit Hochbesoldeten, BB 71, 1415
Preis, Bernd	Tarifdispositives Richterrecht, ZfA 72, 271ff
Rabel, Ernst	Deutsches und amerikanisches Recht, RabelsZ 51, 340ff
Ramm, Thilo	Auslegung und gesetzesändernde Rechtsfortbildung, AuR 62, 353ff
Redeker, Konrad	Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtssetzung, NJW 72, S. 409ff

Reinicke, Dietrich	Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, JuS 64, 421ff
Reinicke, G. u. D.	Die Fortbildung des Rechts durch den Richter, NJW 54, 1217ff
Reyer, Rudolf	Verfassungsmäßige Bedenken gegen entschädigungsloses Wettbewerbsverbot für höherverdienende Handlungsgehilfen (§ 75b HGB), BlStSozArbR 69, 381ff
Richardi, Reinhard	Richterrecht und Tarifautonomie, Gedächtnisschr. für Dietz, München 1973, S.269ff
Ross, Alf	Theorie der Rechtsquellen, Wien 1929
Roth-Stielow, Klaus	Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz, Villingen 1963
Rüthers, Bernd	Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitskampfrecht, AuR 67, 129ff
Rüthers, Bernd	Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968
Rüthers, Bernd	Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb, RdA 68, 161ff
Rüthers, Bernd	Rechtsprobleme des "tarifbezogeren" wilden Streiks, DB 70, S. 2120ff
Säcker, Franz-J.	Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969
Säcker, Franz-J.	Konkretisierung vager Rechtssätze durch Rechtswissenschaft und Praxis, ARSP Band 58, 215ff
Schaefer, Heinrich F.	Das Wettbewerbsverbot der technischen Angestellten und sonstigen Arbeitnehmer, Köln 1973
Schaub, Günter	Arbeitsrechtshandbuch, München 1972

Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, 4.Aufl., 1.Band, Berlin-Frankfurt 1960 (zit.: Schlegelberger-Verfasser)
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, 5.Aufl., Band II, München 1973 (zit.: Schlegelberger-Verfasser)
Schlüter, Wilfried	Das obiter dictum, München 1973
Schneider, Egon	Über Gründe und Auswirkungen der Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, MDR 71, 705ff
Schneider, Hans -P.	Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Frankfurt 1969
Scholz, Rupert	Arbeitsverfassung und Richterrecht, DB 72, 1771ff
Schumann, Ekkehard	Das Rechtsverweigerungsverbot, ZZP 81.Band, 79ff
Seiter, Hugo	Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 1969, ZfA 70, 355ff
Siebert-Hilger-Koch	Arbeitsrecht
Söllner, Alfred	Gesetz und Richterspruch im Arbeitsrecht, Akademie der Arbeit, Mitteilungen, NF 25, 5ff
Staudinger	Kommentar zum BGB, I.Band, Allgemeiner Teil, 11.Aufl., Berlin 1957 (zit.: Staudinger-Bearbeiter)
Stein, Erwin	Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, NJW 64, 1745ff
Thiele, Wolfgang	Zur gerichtlichen Überprüfung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Festschr. für Larenz, München 1973, S.1043ff
Trinkhaus, Hans	Aktuelle Probleme des Rechts der leitenden Angestellten (im weitesten Sinne) II.Teil, DB 68, 1813ff
Waechter, Heinz	Wettbewerbsverbote in der neueren BAG-Rechtsprechung, DB 69, 1105ff
Wieacker, Franz	Gesetz und Richterkunst, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 34, 1958

Wiedemann, Herbert	Die deutschen Gewerkschaften - Mitgliederverband oder Berufsorgan?, RdA 69, 321ff
Wlotzke, Osfried	Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht (II.Teil), RdA 63, 44ff
Wolf, Manfred	Tarifautonomie, Kampfparität und gerechte Tarifgestaltung, ZfA 71, 151ff
Zippelius, Reinhold	Zum Problem der Rechtsfortbildung, NJW 64, 1981ff
Zöllner, Wolfgang	Arbeitsrecht und Politik, DB 70, 54ff
Zöllner/Seiter	Paritätische Mitbestimmung und Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz, ZfA 70, 97ff

Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1968, 1969, 1970, 1973

ABKÜRZUNGEN

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbGeb	Arbeitgeber
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbN	Arbeitnehmer
ArbRBereinigungsG	Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz
Art.	Artikel
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnZ	Bundesanzeiger
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Betr.AV	Betriebliche Altersversorgung
Betr.VG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
Bsp.	Beispiel
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Entsch.Grd.	Entscheidungsgründe
f	folgende (Seite)
ff	folgende (Seiten)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Festschr.	Festschrift
Fn.	Fußnote
Gedächtnisschr.	Gedächtnisschrift
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HB	Halbband
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Information	Die Information über Steuer und Wirtschaft
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JArbSchuG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JBl	Juristische Blätter
JJb	Juristen-Jahrbuch
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Konkurrenzkl.	Konkurrenzklausel
LM	Lindenmaier, Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

MTV	Manteltarifvertrag
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RdA	Recht der Arbeit
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	das Recht im Amt
Rspr.	Rechtsprechung
RTDrucks.	Drucksache des Reichstags
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
S.	Seite (Satz)
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SeemannsG	Seemannsgesetz
Sp.	Spalte
Sten.Ber.	Stenographischer Bericht
s.u.	siehe unten
u.a.	unter anderem
UmstG	Umsatzsteuergesetz
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
VersR	Versicherungsrecht
Warn.Rspr.	Warneyers Rechtsprechung
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

L e b e n s l a u f

Am 26.8.1947 wurde ich als Sohn des heutigen Bezirksdirektors Helmut Brasat und seiner Ehefrau Elise geb. Buttgereit in Klausdorf (Schwentine) geboren. Meine Mutter verstarb 1962. Ich wurde Ostern 1953 in Hameln eingeschult. Ostern 1957 wechselte ich auf das dortige Schiller-Gymnasium über, das ich im Frühjahr 1966 mit dem Reifezeugnis verließ. Von April 1966 bis April 1968 diente ich zwei Jahre freiwillig bei der Bundeswehr. Im Sommersemester 1968 begann ich an der Christian-Albrecht-Universität in Kiel das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften, das ich zum Wintersemester 1969/70 an der Georg-August-Universität in Göttingen fortsetzte und dort auch beendete. Im Januar 1973 legte ich die Erste Juristische Staatsprüfung ab. Ich habe im September 1974 geheiratet und bin seit dem 1.11.1974 als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Celle beschäftigt.